

Les Cahiers de droit



Le concept d'union économique dans la Constitution canadienne : de l'intégration commerciale à l'intégration des facteurs de production

Ivan Bernier

Volume 20, numéro 1-2, 1979

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042313ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/042313ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bernier, I. (1979). Le concept d'union économique dans la Constitution canadienne : de l'intégration commerciale à l'intégration des facteurs de production. *Les Cahiers de droit*, 20(1-2), 177-228.
<https://doi.org/10.7202/042313ar>

Résumé de l'article

The object of this paper is to assess the constitutional position as to economic integration within Canada. Following a short review of the basic elements of economic integration, it proceeds to analyse the law and practice relating to the free circulation of goods, and the free movement of persons, services and capital in Canada. Since such questions are usually associated with the concept of common market, a brief comparison is made on these various points with the practice of the European Economic Community.

As far as concerns the free circulation of goods, the study starts with the usual distinction between tariff and non-tariff barriers. If customs duties have long since disappeared between the provinces, the author finds that charges having an effect equivalent to customs duties are not totally precluded under Canadian constitutional law, and as a matter of fact are occasionally encountered in practice. The paper also shows that if non-tariff barriers to interprovincial trade are theoretically precluded under s. 91(2) of the *B.N.A. Act*, certain types of obstacles not only appear constitutionally acceptable, but also are largely used by governments in practice, such as preferential purchasing policies, subsidies, public enterprises, etc. In the end, when our constitutional rules pertaining to the free circulation of goods are compared with those in application within the European Economic Community, they appear less stringent, leaving greater room for intervention to the provinces.

The situation, as far as concerns the free movement of persons, services and capital is quite different. As the study finds, there are no clearly articulated principles relating to these questions in the Canadian constitution. However, due to the existence of a common nationality and a common currency, the most serious difficulties in this respect have been avoided. From that point of view, Canada has benefited from a clear advantage over the European Economic Community. Yet, regarding the free movement of persons and services, the paper shows that whereas no progress appears to have been made on that score within the last decade in Canada, the E.E.C. is pushing forward with plans calling for the common recognition of diplomas, etc. And regarding the free movement of capital, it appears that if the E.E.C. has not progressed much since the first years of the Treaty of Rome, Canada for its part appears at the moment to be heading for a period of greater restriction on the movement of capital within the country.

In conclusion, the question is raised whether the material division of jurisdiction between the federal and provincial governments, as opposed to a functional division of jurisdiction as is to be found in the E.E.C., is not responsible for the centripetal kind of federalism that appears more and more in demand in Canada as far as concerns economic matters. Acting unilaterally on the basis of its exclusive powers, the federal government has adopted so-called common policies that appear to have met with a large measure of disapproval from the various provinces. But this is a different problem that requires a separate treatment.

Le concept d'union économique dans la Constitution canadienne : de l'intégration commerciale à l'intégration des facteurs de production

Ivan BERNIER *

The object of this paper is to assess the constitutional position as to economic integration within Canada. Following a short review of the basic elements of economic integration, it proceeds to analyse the law and practice relating to the free circulation of goods, and the free movement of persons, services and capital in Canada. Since such questions are usually associated with the concept of common market, a brief comparison is made on these various points with the practice of the European Economic Community.

As far as concerns the free circulation of goods, the study starts with the usual distinction between tariff and non-tariff barriers. If customs duties have long since disappeared between the provinces, the author finds that charges having an effect equivalent to customs duties are not totally precluded under Canadian constitutional law, and as a matter of fact are occasionally encountered in practice. The paper also shows that if non-tariff barriers to interprovincial trade are theoretically precluded under s. 91(2) of the B.N.A. Act, certain types of obstacles not only appear constitutionally acceptable, but also are largely used by governments in practice, such as preferential purchasing policies, subsidies, public enterprises, etc. In the end, when our constitutional rules pertaining to the free circulation of goods are compared with those in application within the European Economic Community, they appear less stringent, leaving greater room for intervention to the provinces.

The situation, as far as concerns the free movement of persons, services and capital is quite different. As the study finds, there are no clearly articulated principles relating to these questions in the Canadian constitution. However, due to the existence of a common nationality and a common currency, the most serious difficulties in this respect have been avoided. From that point of view, Canada has benefited from a clear advantage over the European Economic Community. Yet, regarding the free movement of persons and services, the paper shows that whereas no progress appears to have been

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

made on that score within the last decade in Canada, the E.E.C. is pushing forward with plans calling for the common recognition of diplomas, etc. And regarding the free movement of capital, it appears that if the E.E.C. has not progressed much since the first years of the Treaty of Rome, Canada for its part appears at the moment to be heading for a period of greater restriction on the movement of capital within the country.

In conclusion, the question is raised whether the material division of jurisdiction between the federal and provincial governments, as opposed to a functional division of jurisdiction as is to be found in the E.E.C., is not responsible for the centripetal kind of federalism that appears more and more in demand in Canada as far as concerns economic matters. Acting unilaterally on the basis of its exclusive powers, the federal government has adopted so-called common policies that appear to have met with a large measure of disapproval from the various provinces. But this is a different problem that requires a separate treatment.

	<i>Pages</i>
Introduction	179
1. L'intégration commerciale ou la libre circulation des biens	183
1.1. L'union douanière	183
1.1.1. L'élimination des droits de douane entre les provinces	184
1.1.2. L'établissement d'un tarif extérieur commun	188
1.2. Les obstacles non tarifaires	189
1.2.1. Les restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent	190
1.2.2. Les subventions	194
1.2.3. La participation de l'État au commerce	198
1.2.3.1. Les entreprises commerciales d'État	199
1.2.3.2. L'État propriétaire	203
1.2.3.3. Les achats gouvernementaux	205
2. L'intégration des facteurs de production ou la libre circulation des personnes, des services et des capitaux	209
2.1. Le droit d'établissement	209
2.1.1. Le partage constitutionnel des compétences en matière d'établissement	210
2.1.2. La pratique canadienne en matière d'établissement	213
2.2. La libre circulation des capitaux	218
2.2.1. La libre circulation des capitaux au regard de la Constitution ..	219
2.2.2. La libre circulation des capitaux en pratique	223
Conclusion	227

Un des objectifs de l'Acte fédératif de 1867, comme l'a si bien souligné Jean-Charles Bonenfant¹, était de faire de l'ensemble du Canada un territoire économique unique. Or voici qu'en 1978, cet objectif se retrouve de nouveau à l'ordre du jour. D'une part, en effet, le gouvernement du Québec, déterminé à réaliser l'indépendance de la province dans une association économique avec le reste du Canada, laisse entendre qu'il étudie diverses formules d'intégration allant de la zone de libre-échange à l'union économique, tout en avouant implicitement un certain faible pour le modèle de la Communauté économique européenne². D'autre part, le gouvernement du Canada, dans un livre blanc intitulé *Le temps d'agir*, constate que l'intégration de l'économie canadienne « demeure incomplète et imparfaite » et présente en conséquence comme un objectif fondamental de la revision constitutionnelle en cours la poursuite de l'intégration économique³. Mais entre le souhait des Pères de la Confédération, en 1867, et la remise en question du gouvernement québécois, en 1978, quelle est, présentement, la position constitutionnelle exacte en ce qui regarde l'intégration économique au Canada?

Contrairement au Traité de Rome, qui a donné naissance à la Communauté économique européenne, la Constitution du Canada ne définit nulle part le niveau d'intégration économique particulier au Canada. Toutefois, ceci n'a pas empêché nos tribunaux de dégager progressivement, au fil des ans, une vision d'ensemble de la Constitution qui gravite autour du concept d'union économique. Au tout début de la Confédération, la Cour suprême du Canada adopta d'abord une interprétation du partage des compétences économiques à ce point favorable au pouvoir central qu'on pu croire un moment que le Canada constituait, sur ce plan, un pays unitaire⁴. Mais en 1882, le Conseil privé, prenant exemple sur l'union entre l'Écosse et l'Angleterre, proposait une nouvelle interprétation des textes, nettement plus favorable aux provinces. À partir de ce moment, un mouvement en sens contraire se fit sentir et on assista à une remise en doute du

1. J.-C. BONENFANT, « Les origines économiques et les dispositions financières de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique », in : R. COMEAU (dir.), *Économie québécoise*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1969, p. 89.

2. Telle est, du moins, la perception extérieure : voir D.A. SOBERMAN, « The Parti Québécois and Sovereignty/Association », in : *The Constitution and the Future of Canada, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, Richard de Boo, 1978, p. 65.

3. *Le temps d'agir. Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1978, p. 11.

4. Voir par exemple les arrêts *Severn v. The Queen*, [1878] 2 R.C.S. 70 et *City of Fredericton v. The Queen*, [1880] 3 R.C.S. 505.

pouvoir d'intervention du Parlement canadien⁵. En 1957, cependant, un nouvel équilibre se dessina lorsque le juge Rand, dans *In Re Farm Products Marketing Act (Ontario)*, fit appel de nouveau à la notion de « marché unifié » pour reconnaître au Parlement fédéral la responsabilité première de promouvoir l'expansion des échanges et du commerce au Canada⁶. En 1971, le juge Laskin, dans *P.g. du Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, réaffirmait l'interdiction faite aux provinces d'instituer des barrières aux échanges interprovinciaux en rappelant « l'un des objets de la Confédération que font ressortir la liste des pouvoirs fédéraux et l'article 121, savoir faire de l'ensemble du Canada une seule unité économique... »⁷. Tout récemment, enfin, le juge Dickson, dans *C.I.G.O.L. v. Gouvernement de la Saskatchewan et Procureur général du Canada*, faisait référence à ce qu'il appelait, de façon ambiguë, « l'unité économique du libre-échange canadien »⁸.

Mais que faut-il entendre par « marché commun », « union économique » ou encore « zone de libre-échange » ? Au point de départ, il s'agit là de notions rattachées à un ensemble conceptuel plus large développé par les économistes sous le nom de théorie de l'intégration. Le concept même d'intégration a été défini par André Marchal comme un processus :

... aboutissant à la formation d'un vaste ensemble équilibré, d'une entité économique sociale complexe se substituant progressivement aux unités composantes et structurées dans un cadre géographique plus étendu de la même façon que chacune de ces unités⁹.

Pour concrétiser davantage ce processus, la plupart des économistes, tels Tinbergen, Balassa, Csillaghy, Erbes, Dehem ont recours à l'idée d'étapes ou de degrés¹⁰. Par ordre croissant d'intégration, les étapes mentionnées de façon habituelle sont la zone de libre-échange, l'union douanière, le marché commun, l'union économique et l'intégration économique totale. Une autre

5. Voir en particulier les arrêts *Citizens Insurance v. Parsons*, [1881-82] 7 A.C. 96 ; *Bank of Toronto v. Lambe*, [1887] 12 A.C. 575 ; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 ; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 et *The King v. Eastern Terminal Elevator*, [1925] R.C.S. 434.

6. [1957] R.C.S. 198.

7. [1971] R.C.S. 689 à 717.

8. *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd v. Gouvernement de la Saskatchewan et autre*, [1978] R.C.S. 545 à 603.

9. A. MARCHAL, *L'intégration territoriale*, Paris, P.U.F., 1965, p. 21.

10. J. TINBERGEN, *International Economic Integration*, 2^e éd. (rev.), Amsterdam, Elsevier, 1965, chap. 7 et 8 ; J. CSILLAGHY, *Intégration économique internationale et différenciation régionale*, Paris, Éditions de l'épargne, 1965, ch. 1 ; R. ERBES, *L'intégration économique internationale*, Paris, P.U.F., 1966, pp. 7-13 ; R. DEHEM, *La notion d'association économique*, Montréal, Institut de recherche C.D. Howe, 1978, pp. 3-11 ; B. BALASSA, *The Theory of Economic Integration*, Homewood (Mich.), R.D. Irwin, Inc., 1961, pp. 1-3.

façon de présenter cette progression a été récemment proposée par Balassa qui écrit à ce sujet :

From its lowest to its highest forms, integration has been said to progress through the freeing of barriers to trade (trade integration), the liberalisation of factors movements (« factor integration »), the harmonisation of national economic policies (« policy integration ») and the total unification of these policies (« total integration »)¹¹.

En fait, ces deux façons différentes de présenter les choses se rejoignent largement.

La zone de libre-échange et l'union douanière, par exemple, sont des structures axées essentiellement sur la libre circulation des marchandises ou si l'on préfère sur l'intégration commerciale. La zone de libre-échange se distingue de l'union douanière par le fait que nonobstant l'élimination des tarifs douaniers entre les États membres, elle autorise le maintien de tarifs distincts pour chaque pays participant à l'égard des pays tiers. Mais comme les produits étrangers peuvent profiter de la différence de structure tarifaire des différents pays participants pour envahir l'ensemble de la zone, il devient nécessaire alors de maintenir, à l'intérieur même de celle-ci, des droits de douane sur les produits totalement ou partiellement fabriqués à l'étranger. En ce sens, l'intégration commerciale au sein d'une zone de libre-échange est forcément moins poussée qu'au sein d'une union douanière. Au-delà de l'union douanière, il y a le concept de marché commun qui correspond à l'idée d'intégration des facteurs de production. Ce dernier concept, en effet, implique non seulement l'élimination complète des droits de douane entre les pays membres et l'établissement d'un tarif extérieur commun, mais aussi la suppression des restrictions à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Puis, au-delà du marché commun, il y a l'union économique, qui implique un certain degré d'harmonisation des politiques économiques, laquelle pourra être plus ou moins prononcée suivant le degré d'intégration politique. Dans le contexte spécifique du marché commun européen, le développement progressif d'une politique extérieure commune, d'une politique agricole commune, d'une politique des transports commune, est interprété par la plupart des spécialistes comme un signe que la C.E.E., davantage qu'un simple marché commun, constitue présentement une union économique en devenir¹². Mais ces

11. B. BALASSA, « Types of Economic Integration », in : F. MACHLUP (dir.), *Economic Integration, Worldwide, Regional, Sectoral*, Londres, MacMillan Press, 1976, p. 17.

12. Dans l'ouvrage collectif intitulé *Droit des communautés européennes*, sous la direction de W.J. GANSHOF van der MEERSCH, Bruxelles, Larcier, 1969, on retrouve par exemple cette conception dans les commentaires de P. WIGNY (p. 3), P.-H. TEITGEN (p. 18), R. PINTO (p. 641) et H. von der GROEBEN (p. 795).

mêmes commentateurs s'entendent également pour reconnaître qu'une véritable union économique ne pourra exister tant et aussi longtemps que ne sera pas adoptée une politique monétaire commune¹³. À ce dernier stade toutefois, l'union économique n'est pas loin de l'union politique. Si on ajoute l'unification des politiques fiscales, sociales, anticycliques, on se retrouve pratiquement dans un système économique totalement intégré.

Naturellement, il n'existe pas un modèle unique de zone de libre-échange, de marché commun ou d'union économique, tout comme il n'existe pas de modèle unique de l'État fédéral. Ces diverses formules, simplement, constituent autant de point de repère le long d'un continuum qui va de la multiplicité des États à l'État unitaire. En ce sens, un marché commun peut se rapprocher d'une union économique, et une union économique peut se rapprocher d'un État unitaire. Donc, le simple fait de qualifier le Canada d'union économique, par exemple, n'est pas suffisant pour donner une idée exacte du degré d'intégration réalisé présentement. Il faut aller plus loin.

Jusqu'ici malheureusement, peu d'auteurs ont vraiment cherché à définir à quel niveau d'intégration se situe le pays. En 1967, Albert Breton, dans une étude parrainée par *The Private Planning Association of Canada*, mettait en évidence le fait que les provinces disposaient de pouvoirs suffisants pour contrecarrer, jusqu'à un certain point, les politiques économiques élaborées à Ottawa¹⁴. Plus récemment, A.E. Safarian, dans une étude constitutionnelle rédigée pour le compte du gouvernement du Canada, abordait le problème de front. Mais l'auteur cherchait surtout à « montrer comment les gouvernements fédéral et provinciaux devraient se partager les pouvoirs constitutionnels afin d'assurer des résultats efficaces... »¹⁵. C'est pourquoi, malgré un tour d'horizon des « dispositions constitutionnelles qui sont à la base du marché commun des biens, des services, de la main-d'œuvre, des capitaux et d'un certain nombre d'institutions économiques qui s'y rattachent », son étude demeure fragmentaire¹⁶. Encore plus près de nous, soit en 1978, Roger Dehem, à l'instigation de l'Institut de Recherche C.D. Howe, se penchait sur la notion d'association économique dans le but d'apporter un éclairage critique sur l'un des objectifs proposés par le Parti québécois, à savoir l'association économique du Québec avec le

13. Telle est l'opinion de M. WAELEBROECK, dans l'ouvrage collectif mentionné *supra*, note 12, p. 914.

14. A. BRETON, *Discriminatory Government Policies in Federal Countries*, Montréal, The Private Planning Association of Canada, 1967.

15. A.E. SAFARIAN, *Le fédéralisme canadien et l'intégration économique*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1974, p. 1.

16. *Id.*, pp. 18-32.

reste du Canada¹⁷. Mais après une brève étude de diverses expériences d'intégration, Dehem se contentait d'une courte récapitulation de l'histoire économique du Canada et s'en remettait pour le reste à l'étude de Safarian. Les mêmes commentaires valent, dans une large mesure, en ce qui regarde la toute récente étude de D.A. Soberman intitulée « The Parti Québécois and Sovereignty/Association »¹⁸ : celle-ci s'intéresse davantage aux conséquences d'une éventuelle séparation québécoise qu'à l'analyse du degré d'intégration présentement réalisé.

En réalité, pour se situer adéquatement quant au niveau d'intégration économique réalisé au Canada, une approche essentiellement économique ne suffit pas ; il faut encore interroger le droit jusque dans ses moindres ramifications. Malheureusement, cette question ne paraît guère avoir attiré l'attention des juristes jusqu'à maintenant. Est-ce en raison du caractère économique du sujet ? Cela est possible. Quoiqu'il en soit, ce sera précisément l'objectif de cette étude de corriger cette lacune. Suivant le schéma mis de l'avant par Balassa¹⁹, les données relatives à l'intégration commerciale, ou à la libre circulation des biens, seront examinées dans un premier temps, puis, dans un deuxième temps, celles relatives à l'intégration des facteurs de production ou, si l'on préfère, à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Il restera, dans une étude ultérieure, à envisager les données relatives à l'intégration des politiques économiques. Une telle étude, ainsi qu'on pourra le constater, s'impose d'autant plus qu'en ce qui concerne la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux, le Canada n'apparaît guère plus intégré que la Communauté économique européenne.

1. L'intégration commerciale ou la libre circulation des biens

1.1. L'union douanière

L'union douanière, caractérisée par l'élimination des droits de douane entre les États membres et l'établissement d'un tarif extérieur commun, trouve sa consécration officielle aux articles 121 et 122 de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* de 1867. D'autres dispositions, tels les articles 91(2), 91(3) et 92(2), viennent compléter en pratique ces derniers. Mais malgré tout, certains problèmes demeurent encore, particulièrement en ce qui concerne les taxes ou charges ayant un effet équivalent à des droits de douane.

17. Voir *supra*, note 10.

18. *Supra*, note 2.

19. *Supra*, note 11.

1.1.1. L'élimination des droits de douane entre les provinces

L'article 121 de l'A.A.N.B. de 1867 prescrit que « tous les articles du crû, de la provenance ou fabrication de l'une quelconque des provinces seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces ». À l'origine, la jurisprudence a considéré que cet énoncé visait essentiellement l'élimination des droits de douane et autres taxes d'effet équivalent entre les provinces²⁰. Par la suite, il a été précisé que l'article 121 visait aussi bien les exportations que les importations²¹, et que ledit article liait tout autant le Parlement fédéral que les Législatures provinciales. En 1958, une interprétation élargie du même article était proposée par le juge Rand qui déclarait, dans *Murphy v. C.P.R.* :

I take s. 121, apart from customs duties, to be aimed against trade regulation which is designed to place fetters upon or raise impediments to or otherwise restrict or limit the free flow of commerce across the Dominion as if provincial boundaries did not exist. That it does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence and purpose is related to a provincial boundary²².

Mais cette interprétation, qui impliquait que le Parlement fédéral, à l'instar des Législatures provinciales déjà liées par l'article 91(2), ne pouvait instituer d'obstacles non tarifaires au commerce interprovincial, comportait en même temps un assouplissement de la notion de libre-échange qui laissait place dès lors à un certain degré de réglementation.

Ce point de vue devait être confirmé et précisé davantage dans la récente *Affaire relative à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*²³. Un des problèmes soulevés dans cette affaire avait trait au fait que certaines dispositions de la loi fédérale en question autorisaient l'établissement de quotas de production sur une base provinciale, ceci, prétendument, à l'encontre des prescriptions de l'article 121. Après avoir rappelé l'observation formulée dans *Atlantic Smoke Shops v. Conlon*²⁴ selon laquelle l'article 121 s'appliquait aussi bien au Parlement fédéral qu'aux Législatures provinciales, le juge en chef Laskin, parlant au nom de la majorité, déclara :

20. *Gold Seal Ltd v. Dominion Express Co. and A.-G. of Alberta*, (1921) 62 R.C.S. 424, p. 456.

21. *A.-G. for British Columbia v. McDonald Murphy Lumber Co.*, [1930] A.C. 357; *Texada Mines v. A.-G. of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713.

22. [1958] R.C.S. 626, p. 642; mais déjà ce point de vue avait été exposé en 1921 par le juge Mignault dans l'arrêt *Gold Seal*, *supra*, note 20, p. 470.

23. *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 257.

24. [1943] A.C. 550.

It seems to me, however, that the implication of s. 121 may be different according to whether it is provincial or federal legislation that is involved because what may amount to a tariff or customs duty under a provincial regulatory statute may not have that character at all under a federal regulatory statute. It must be remembered too that the federal trade and commerce power also operates as a brake on provincial legislation which may seek to protect its producers or manufacturers against entry of goods from other Provinces.

A federal regulatory statute which does not directly impose a customs charge but through a price fixing scheme, designed to stabilize the marketing of products in interprovincial trade, seeks through quotas, paying due regard to provincial production experience, to establish orderly marketing in such trade cannot, in my opinion, be in violation of s. 121²⁵.

Finalement, le juge en chef Laskin concluait sur cette question en affirmant faire sienne la vision élargie de l'article 121 proposée par le juge Rand, vision qu'il jugeait entièrement compatible avec l'imposition de quotas sur une base provinciale dans le cadre d'un plan de mise en marché fédéral.

À l'heure actuelle, donc, l'article 121 se présente comme un principe d'ordre général qui interdit le maintien de barrières tarifaires et non tarifaires entre les provinces, que ces barrières soient élevées par le Parlement fédéral ou par les Législatures des provinces. Toutefois, cette interdiction, interprétée à la lumière des autres dispositions de l'A.A.N.B., n'est pas absolue. Ce qui se trouve interdit, concrètement, c'est toute législation dont l'objet véritable serait de restreindre, pour des motifs protectionnistes, les échanges interprovinciaux. Or de ce point de vue, il semble bien exister une présomption à l'effet que le Parlement fédéral, lorsqu'il légifère sur le plan économique, le fait dans l'intérêt national et non pas dans le but de découper le territoire national en parties distinctes. Cette présomption évidemment ne joue pas en faveur des provinces. Mais il est tout de même admis, depuis l'arrêt *Carnation Milk*²⁶ en particulier, que nonobstant l'article 121, les provinces peuvent édicter des lois qui affectent incidemment le commerce interprovincial. Peuvent-elles ainsi introduire indirectement certaines taxes ou charges qui ont un effet équivalent à des droits de douane? La réponse n'est pas claire.

En 1943, dans *Atlantic Smoke Shops v. Conlon*, le Conseil privé déclarait non contraire à l'article 121 une taxe de vente sur le tabac instituée par le Nouveau-Brunswick, laquelle visait également le tabac provenant d'autres provinces²⁷. Il fut jugé que le but essentiel de cette mesure était de prélever des deniers pour des fins provinciales par le moyen d'une taxe directe, et non pas de restreindre l'entrée du tabac provenant de l'extérieur. Une telle

25. *Supra*, note 23, p. 306.

26. *Carnation Milk Co. Ltd v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238.

27. *Supra*, note 24.

taxe, toutefois, peut facilement être modifiée de manière à distinguer entre la production locale et la production extérieure. C'est ainsi qu'en 1975, lorsque le gouvernement de l'Ontario décida d'accorder une remise de la taxe provinciale de vente aux acheteurs d'automobiles nord-américaines, le Japon et la C.E.E. se plaignirent auprès du Canada de ce traitement discriminatoire qui instituait en pratique à leur égard une surcharge tarifaire équivalente au montant de la taxe²⁸. Plus récemment, le gouvernement québécois, en abolissant temporairement la taxe de vente sur les vêtements, les chaussures et les meubles, déclarait ouvertement vouloir favoriser des produits « d'un type dont la fabrication est importante au Québec, embauche beaucoup de travailleurs et pourrait en embaucher davantage »²⁹. Contrairement à la remise de taxe accordée par l'Ontario en 1975, la mesure québécoise à sa face même était neutre : elle valait également pour les produits fabriqués localement et les produits originaires de l'extérieur du Québec. Le fait que la remise de taxe en question favorisait surtout des produits largement fabriqués au Québec suffirait-il à faire de l'ensemble de la taxe de vente une mesure d'effet équivalent à un droit de douane ? Il est difficile de prévoir quelle position nos tribunaux auraient adoptée sur cette question.

Si l'on en juge par la position qu'ils ont adoptée relativement à divers systèmes de taxes à l'exportation mis en place par les provinces, il est possible qu'ils auraient opté en faveur de l'inconstitutionnalité de la mesure québécoise. En 1930, dans *A.-G. for British Columbia v. McDonald Murphy Lumber Co.*, le Conseil privé avait jugé qu'une taxe provinciale sur la coupe du bois constituait une taxe à l'exportation, incompatible avec l'article 122, dans la mesure où une remise de celle-ci était accordée si le bois était utilisé ou transformé dans la province³⁰. Plus récemment, soit en 1960, la Cour suprême du Canada, dans *Texada Mines Ltd. v. A.-G. of British Columbia*, déclarait à nouveau inconstitutionnelle une taxe de la Colombie-Britannique sur la propriété minière pour le motif que celle-ci équivalait à une taxe à l'exportation dans la mesure où, dotée d'un caractère nettement prohibitif, elle était complétée par une autre loi prévoyant des subventions importantes aux producteurs qui faisait transformer leur minerai dans la province³¹. Le juge Locke, qui rendit le jugement, déclara alors :

28. Une appréciation d'ensemble de cette mesure se retrouve dans la récente étude du *Conference Board of Canada* intitulée *The Role of Provincial Governments in Economic Stabilisation: The Case of Ontario's Auto Sales Tax Rebate*, Toronto, 1978.

29. Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, vol. 20, no 20, p. 879.

30. [1930] A.C. 357.

31. [1960] R.C.S. 713.

The question to be determined is not whether a tax upon minerals in the ground is a tax upon land and prima facie a direct tax, a proposition no one would contest, but rather is whether the Mineral Property Taxation Act is an enactment in the exercise of the provincial power to raise a revenue for provincial purposes by direct taxation, or legislation the true nature of which is to impose an export tax on ore and concentrates from the Province and an indirect tax and which trespasses upon the legislative authority of Parliament as to the regulation of trade and commerce³².

Malgré cette jurisprudence, toutefois, il semble bien que la recherche du caractère véritable d'une législation de cette nature laisse encore planer certains doutes chez les provinces, car à l'heure actuelle, au moins trois d'entre elles maintiennent en vigueur des dispositions fiscales qui s'apparentent à une taxe à l'exportation. Il en est ainsi d'abord de l'Ontario qui, depuis 1974, accorde aux exploitants de mines des remises de taxes dont l'importance croît selon le degré de transformation au Canada d'abord, et en Ontario ensuite³³. Depuis 1974, également, la Colombie-Britannique a réintroduit dans sa législation minière une clause prévoyant l'octroi d'une remise de taxe pour la transformation dans la province des minerais extraits des terres de la Couronne³⁴. Enfin, le Québec, ayant eu à subir les conséquences de la législation minière de l'Ontario, a introduit en 1976 une législation assez semblable à celle de la province voisine. Et pour plus de sécurité, la nouvelle législation minière a repris un article de l'ancienne loi qui prévoyait le paiement de redevances par les compagnies qui exportent les substances minérales hors du Québec pour transformation, mesure qui, de l'aveu du ministre responsable, n'a jamais été appliquée³⁵. De toute évidence, l'élimination des droits de douane et autres mesures d'effet équivalent n'est pas encore une chose totalement acquise au Canada.

Il y a même lieu de se demander si la réglementation de la C.E.E. ne va pas plus loin sur cette question que la réglementation canadienne. Aux termes de l'article 12 du Traité de Rome, en effet, les États membres de la C.E.E. se sont engagés à supprimer entre eux, au cours de la période de transition, les droits de douane à l'importation de même que les taxes d'effet équivalent à des droits de douane à l'importation; et aux termes de l'article 16, ils se sont engagés similairement à supprimer entre eux, au plus tard à la fin de la première étape, les droits de douane à l'exportation et les taxes d'effet équivalent. Or suivant la jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés³⁶, il semble bien que l'expression « taxes d'effet

32. *Idem*, p. 721.

33. *The Mining Tax Act*, S.O. 1974, c. 132 et Ont. Reg. 126/75.

34. *The Mineral Royalties Act*, S.B.C. 1974, c. 54, art. 3(9).

35. *Loi des droits sur les mines*, L.Q. 1975, c. 30, art. 21 et 107.

36. Voir de façon générale sur ce sujet: F. WOOLDRIDGE et R. PLENDER, « Charges having an Effect Equivalent to Customs Duties: A Review of the Cases », (1978) 3 *European Law Review* 101.

équivalent à des droits de douane » doit être entendue dans un sens large incluant toute charge susceptible d'affecter, même de façon mineure, la libre circulation des biens. Si tel est le cas, alors il se peut que la distinction classique en droit constitutionnel canadien entre une législation « relative à un sujet » et une législation « affectant un sujet »³⁷ laisse effectivement aux provinces, en ce qui concerne les taxes d'effet équivalent à des droits de douane, une plus grande marge de manœuvre que ne le fait le Traité de Rome.

1.1.2. L'établissement d'un tarif extérieur commun

L'article 122 de la Constitution prescrit que... «[l]es lois de douane et d'accise de chaque province demeureront en vigueur, sous réserve des dispositions du présent acte, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées par le Parlement du Canada ». Cette disposition de nature transitoire établit la compétence exclusive du Parlement fédéral sur les douanes. Cependant, comme elle est périmée depuis longtemps, c'est davantage sur l'article 91, paragraphes 2 et 3, que repose maintenant le pouvoir du Parlement fédéral d'imposer des droits de douane (« réglementation des échanges et du commerce » et « prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation »)³⁸. Quant aux provinces, l'interdiction qui leur est faite aux termes de l'article 92(2) d'instituer des taxes indirectes a pour conséquence, suivant la jurisprudence, de les exclure totalement du champ de la fiscalité douanière. C'est ainsi que tout récemment, encore, dans *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Gouvernement de la Saskatchewan et al.*, la Cour suprême a jugé inconstitutionnelles certaines taxes pétrolières imposées par la Saskatchewan parce qu'elles constituaient en fait des taxes à l'exportation assimilables dans leur essence à des taxes indirectes³⁹.

Encore ici, cependant, il appert que les provinces disposent d'une certaine marge de manœuvre. Particulièrement intéressante à cet égard est la pratique de divers monopoles provinciaux sur les alcools qui consiste à majorer davantage le prix de vente des boissons alcooliques importées que le prix de vente des boissons comparables fabriquées au Canada. Dans la mesure où la majoration du prix de vente instituée par ces sociétés outre-passe nettement le coût des dépenses afférentes additionné d'une marge de

37. Cette distinction se retrouve dans bon nombre d'arrêts : voir par exemple *Gold Seal Ltd v. Dominion Express Company*, (1921) 62 R.C.S. 424, p. 460.

38. P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, p. 404, note 24; G. V. LAFOREST, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1967, pp. 7, 31, 76.

39. *Supra*, note 8.

bénéfice raisonnable, il est manifeste qu'on se trouve en présence d'une forme d'imposition intérieure ; et dans la mesure où la majoration est plus élevée pour les produits importés, sans justification au niveau des coûts, il est tout aussi manifeste qu'on se trouve en présence d'une taxe intérieure à l'importation⁴⁰. Il est intéressant de noter à cet égard qu'aux termes de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), les marges de monopoles sont traitées en principe comme des droits de douane⁴¹. Est-ce à dire que les provinces, lorsqu'elles agissent en tant qu'entreprises d'État, peuvent faire indirectement ce qui leur est interdit de faire par voie législative ou réglementaire ? Ce problème sera abordé plus loin.

1.2. Les obstacles non tarifaires

Le concept d'obstacles ou de barrières « non tarifaires » correspond à un développement relativement récent de la théorie économique internationale, qui a trouvé là l'explication du fait que le démantèlement progressif des barrières tarifaires dans le monde n'entraînait pas toujours une libération équivalente des échanges internationaux. De façon succincte, les obstacles non tarifaires ont été définis comme étant... « any law, regulation, policy or practice of government, other than an import duty, that has a restrictive effect on trade »⁴². En droit constitutionnel canadien, ce concept rejoint dans une large mesure l'interprétation élargie de l'article 121 proposée par le juge Rand dans *Murphy v. C.P.R.* Ce dernier, on s'en rappelle, considérait alors comme incompatibles avec l'article en question, outre les droits de douane, toute réglementation gouvernementale... « designed to place fetters upon or raise impediments to or otherwise restrict or limit the free flow of commerce across the Dominion... »⁴³. Mais alors que le juge Rand s'en tenait aux seules interventions normatives de l'État, la théorie économique internationale se préoccupe également de la participation directe de l'État au commerce. Pour être le plus complet possible, les deux types d'intervention seront donc envisagés dans les pages qui suivent. C'est ainsi que seront étudiées, dans l'ordre, les questions suivantes : d'abord les restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent, puis les subventions, et enfin la participation directe de l'État au commerce.

40. Voir à ce sujet K. STEGEMANN, *Canadian Non-Tariff Barriers to Trade*, Canadian Economic Policy Committee, Private Planning Association of Canada, 1973, pp. 65-75.

41. I. BERNIER, « Le GATT et le problème du commerce d'état dans les pays à économie de marché : Le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada », (1975) XIII *Annuaire canadien de droit international* 98, pp. 126-132.

42. W. B. KELLY, JR. « Non-Tariff Barriers » dans B. BALASSA (dir.), *Studies in Trade Liberalization: Problems and Prospects for the Industrial Countries*, 1967, p. 266.

43. *Supra*, note 22.

1.2.1. Les restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent

Nonobstant l'article 121 de la Constitution, c'est d'abord et avant tout à l'article 91(2) que les tribunaux ont eu recours pour juger de la constitutionnalité de législations provinciales instituant des restrictions quantitatives ou autres mesures d'effet équivalent. Déjà en 1931, dans un climat pourtant propice aux provinces, la Cour suprême du Canada avait déclaré inconstitutionnel un plan de mise en marché de la Colombie-Britannique pour le motif que celui-ci instituait une large mesure de contrôle sur le mouvement de produits principalement destinés au commerce interprovincial⁴⁴. Plus récemment, soit en 1971, la Cour suprême, dans *Le Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*⁴⁵, se prononçait de façon particulièrement claire sur le sujet. Le problème soulevé devant la Cour avait trait à un plan manitobain de mise en marché des œufs qui visait tous les œufs vendus au Manitoba, d'où qu'ils viennent. En se prononçant pour l'inconstitutionnalité du plan en question, le juge Pigeon déclara :

Un aspect essentiel de ce projet, dont le but est d'obtenir pour les producteurs d'œufs du Manitoba, les conditions de mise en marché les plus favorables, n'est pas simplement l'assujettissement des œufs provenant de l'extérieur de la province aux mêmes règlements commerciaux qui s'appliquent aux œufs produits dans la province, mais, en fait, le pouvoir conféré à ces producteurs, par l'intermédiaire de l'Office, de restreindre par des quotas, autant que le dictent leurs intérêts, la vente locale des œufs produits ailleurs, même si cela signifie en interdire complètement la vente⁴⁶.

Toutefois, depuis l'arrêt *Carnation Milk Co. Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board et al.*⁴⁷, tel que déjà mentionné, il est également acquis qu'une loi provinciale qui n'a qu'un effet incident sur le commerce interprovincial peut être valide au regard de l'article 91(2). En d'autres termes, avant de conclure à l'inconstitutionnalité d'une loi provinciale parce qu'elle institue des restrictions quantitatives ou d'autres mesures d'effet équivalent, il importe ici encore de déterminer si la loi en question est relative au commerce interprovincial, ou si elle affecte simplement ce dernier. Or, à cet égard, les tribunaux ont déjà reconnu que les provinces pouvaient, pour des motifs valables ressortissant de leur compétence, fixer diverses conditions à la vente des produits étrangers sur leur territoire. En 1969, par exemple, dans *Regina v. Loblaw Groceteria Co. Ltd.*, la Cour d'appel du

44. *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee*, [1931] R.C.S. 357.

45. *Supra*, note 7.

46. *Id.*, p. 723.

47. *Supra*, note 26.

Manitoba s'était prononcée en faveur de la constitutionnalité d'un plan de mise en marché des fruits et légumes applicable également aux produits importés en soulignant qu'il était indubitablement de la compétence d'une province « ... to legislate to safeguard the health and pocketbook of its people by establishing minimum standards of grading and packaging of natural products »⁴⁸. En 1974, dans *P.g. du Québec v. Dominion Stores Ltd*, la Cour d'appel du Québec, infirmant un jugement de la Cour supérieure⁴⁹, jugeait que l'imposition, par règlement, de l'usage de la langue française sur les étiquettes des produits alimentaires importés et vendus dans la province ne modifiait pas le caractère véritable de cette réglementation, laquelle visait essentiellement « la qualité et la loyauté des transactions entre distributeurs et consommateurs »⁵⁰. Plus récemment encore, soit en 1978, dans l'affaire *P.g. du Québec v. Kellogg's Company of Canada et al.*, le juge Martland de la Cour suprême du Canada, parlant au nom de la majorité, faisait siennes les réflexions suivantes du juge Turgeon de la Cour d'appel du Québec :

Quoiqu'il en soit, il m'apparaît qu'une province a le droit de réglementer l'utilisation chez elle d'un produit fabriqué dans une autre province canadienne. Autrement, on pourrait prétendre que le pouvoir provincial ne pourrait empêcher la vente dans le Québec d'un aliment impropre à la consommation humaine parce que cet aliment aurait été importé d'une autre province⁵¹.

En pratique, les provinces n'ont pas hésité à réglementer la vente chez elle des produits importés des autres provinces. Elle le font, par exemple, en ce qui concerne la margarine ou encore les produits rembourrés, en exigeant certaines mentions précises sur les étiquettes⁵². Mais la multiplication d'exigences diverses peut finir par constituer en soi un obstacle au commerce interprovincial. Si le Parlement fédéral intervient alors en vertu de sa compétence en matière d'échanges et de commerce, comme il l'a fait en édictant la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, la loi fédérale, en cas de conflit, l'emporte⁵³. On peut donc constater l'existence d'un conflit latent entre le pouvoir normatif des provinces dans les domaines qui relèvent de leur compétence, et le pouvoir du Parlement fédéral en matière de commerce interprovincial et international.

48. (1969) 6 D.L.R. (3d) 225, p. 226.

49. Voir, relativement à la décision de la Cour supérieure, I. BERNIER, « La langue d'étiquetage des produits de consommation : le pouvoir constitutionnel de légiférer », (1974) 15 C. de D. 533.

50. [1976] C.A. 310, p. 315.

51. (1978) 83 D.L.R. (3d) 314, 324. La traduction française est la traduction officielle fournie par la Cour suprême pour les jugements non encore publiés.

52. *Loi sur les matériaux de rembourrage et les articles rembourrés*, L.Q. 1969, c. 6, articles 5, 6, 7; *Oleomargarine Act*, R.S.O. 1970, c. 304.

53. Voir *supra*, note 49, p. 560.

Le problème devient plus évident lorsqu'on considère que dans la poursuite d'objectifs qui relèvent de leur compétence propre, les provinces vont souvent jusqu'à assujettir l'entrée même des produits importés des autres provinces à certaines conditions. C'est ainsi qu'au Québec, en vertu de l'article 9 de la *Loi des abeilles*, «[i]l est prohibé d'importer dans la province des abeilles ou du matériel apicole ayant déjà servi, à moins que les envois ne soient accompagnés d'un certificat de l'apiculteur en chef ou autre officier compétent de la province ou du pays d'origine, attestant que les abeilles sont exemptes de maladies et que le matériel n'est pas infecté »⁵⁴. Des législations sur le même sujet au Manitoba et en Ontario soumettent l'importation des abeilles et du matériel apicole à des exigences assez semblables⁵⁵, alors que la Nouvelle-Écosse, dans un tel cas, va jusqu'à prévoir une période de quarantaine⁵⁶. Au Québec et en Ontario également, l'importation d'appareils sous pression est liée à l'obtention d'un certificat d'inspection délivré par une personne compétente⁵⁷. Encore au Québec, l'article 12 de la *Loi de la protection des plantes* déclare, en ce qui concerne les importations d'autres provinces :

Tout produit de pépinière, entrant dans la province de Québec et provenant de toute autre province du Canada, doit porter un certificat de fumigation ou un certificat établissant que tels produits sont exempts des insectes et des maladies végétales ci-après désignées. Les produits de pépinière ne portant pas l'un ou l'autre certificat sont prohibés, et nulle compagnie de transport ne peut les accepter pour une destination quelconque dans les limites de la province⁵⁸.

En Nouvelle-Écosse, une courte disposition de l'*Agricultural and Marketing Act* octroie au Gouverneur en conseil un pouvoir semblable de réglementation «(...) to prevent the introduction into the Province or the dissemination therein of any such plant disease, insect or pest »⁵⁹. Toujours dans la même veine, l'article 9 de la *Loi de la protection sanitaire des animaux* interdit, au Québec, «(...) de laisser ou faire entrer des animaux dans la province à moins qu'ils ne soient accompagnés d'un certificat du vétérinaire en chef ou autre officier compétent de la province ou du pays d'où viennent ces animaux, attestant qu'ils sont exempts de maladie »⁶⁰. Enfin, il peut être intéressant de souligner, dans un autre ordre d'idées, que la Nouvelle-Écosse a établi des exigences particulières de longueur, de

54. S.R.Q. 1964, c. 128, art. 9.

55. *Bees Act*, R.S.O. 1970, c. 43, art. 13; *Bee Act*, S.M. 1970, c. 49, art. 6(2).

56. *Agriculture and Marketing Act*, R.S.N.S. 1967, c. 3, art. 139.

57. *Boilers and Pressure Vessels Act*, R.S.O. 1970, c. 47, art. 29(2); *Loi des appareils sous pression*, S.R.Q. 1964, c. 156, art. 10.

58. S.R.Q. 1964, c. 129, article 12.

59. *Supra*, note 56, art. 111.

60. S.R.Q. 1964, c. 126, art. 9.

largeur, d'épaisseur et de qualité en ce qui concerne le bois destiné à l'exportation⁶¹.

Donc, nonobstant l'article 91(2), il appert que les provinces peuvent, dans certains cas, édicter des restrictions à la libre circulation des biens. Est-ce à dire, encore une fois, qu'en ce qui concerne les restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent, les provinces canadiennes ont davantage de latitude que les États membres de la Communauté économique européenne? Si l'on s'en tient au seul texte du Traité de Rome, la réponse qui s'impose est que les États membres de la C.E.E. se retrouvent dans une situation assez semblable à celle des provinces canadiennes à cet égard. Aux termes de l'article 30 du Traité de Rome, en effet, il est clairement établi que « [l]es restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres... ». Toutefois, l'article 36 vient préciser par la suite ce qui suit :

Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

Ce qui rend plus complexe toute comparaison entre le Canada et la C.E.E. sur ce sujet, c'est que la Cour de justice des communautés a eu tendance à interpréter de façon extensive l'obligation de l'article 30, et de façon assez restrictive les exceptions de l'article 36. C'est ainsi qu'en ce qui concerne l'article 30, la Cour statuait, en 1974, que « [t]oute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives »⁶². Et en ce sens, la Cour jugeait en 1975 que « [l]es contrôles phytosanitaires à la frontière auxquels sont soumis obligatoirement les produits végétaux provenant d'un autre État membre constituent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives et sont interdits sous réserve de dérogations prévues à l'article 36 du Traité »⁶³. Pour ce qui

61. *Merchandise Inspection Act*, R.S.N.S. 1967, c. 182, art. 28 et 29.

62. *Procureur du Roi v. Benoit et Gustave Dassonville*, arrêt 8/74 *Recueil*, 1974, p. 837; voir également, de façon générale, sur ce sujet : A.W.H. MEIJ et J.A. WINTER, « Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions », (1976) *C.M.L. Rev.*, 79; A.C. PAGE, « The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions », (1977) 2 *European Law Review* 105.

63. *Rewe-Zentralfinanz GmbH v. Landwirtschafts kammer*, arrêt 4/75, *Recueil* 1975, p. 843.

est des dérogations prévues à l'article 36, la Cour, en 1976, précisait enfin qu'une « réglementation ou pratique nationale ayant, ou étant susceptible d'avoir, un effet restrictif sur les importations... n'est compatible avec le Traité que pour autant qu'elle est nécessaire aux fins d'une protection efficace de la santé et de la vie des personnes »⁶⁴. Et la Cour enchaînait en déclarant :

Une telle réglementation ou pratique ne bénéficie donc pas de la dérogation de l'article 36 du Traité CEE lorsque la santé et la vie des personnes peuvent être protégées de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires⁶⁵.

Si l'on cherche à transposer ce point de vue en droit constitutionnel canadien, on peut sérieusement se demander si nos tribunaux iraient jusqu'à s'interroger sur l'efficacité des mesures de contrôle des importations instituées par les provinces en ce qui concerne les plantes, les animaux, etc.

1.2.2. Les subventions

Dans la nomenclature des obstacles non tarifaires au commerce international, les subventions occupent une place de premier choix, tant par leur fréquence que par leur diversité⁶⁶. Toutes les subventions ne sont pas également condamnables ; mais bien peu en définitive sont dépourvues de tout effet sur les échanges. C'est ainsi qu'en vertu de l'article XVI du GATT, les subventions en général, qu'elles aient pour effet d'accroître les exportations ou de réduire les importations, doivent être notifiées aux parties contractantes ; et dans le cas des subventions à l'exportation, davantage susceptibles d'avoir des conséquences préjudiciables, le même article va jusqu'à prévoir une interdiction totale dès lors qu'elles touchent un produit autre qu'un produit de base. Mais de telles exigences laissent encore place à trop d'abus, de sorte que c'est vers un véritable code sur les subventions qu'on s'oriente maintenant dans le cadre des présentes négociations du GATT.

La Constitution canadienne est totalement silencieuse sur les subventions en tant que telles. C'est à partir du pouvoir de dépenser que celles-ci doivent être abordées, ainsi qu'il ressort de l'approche adoptée en 1936 par

64. *Adriani de Peijper*, arrêt 104/75, *Recueil* 1976, 613.

65. *Ibid.*

66. Pour une vue d'ensemble du problème des subventions, avec application au Canada, voir L. SABOURIN-HÉBERT, « De la validité des subventions au regard de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce », (1975) 6 *Revue générale de droit*, 339.

la Cour suprême du Canada dans *In re: Employment and Social Insurance Act*⁶⁷. Le juge Kerwin, dans cette affaire, avait alors déclaré :

It is quite true that Parliament, by properly framed legislation may raise money by taxation and dispose of its public property in any manner that it sees fit. As to the latter point, it is evident that the Dominion may grant sums of money to individuals or organizations and that the gift may be accompanied by such restrictions and conditions as Parliament may see fit to enact⁶⁸.

Ce point de vue devait être confirmé un an plus tard par le Conseil privé⁶⁹. Plus récemment, dans *Central Mortgage and Housing Corp. v. Co-operative College Residences, Inc.*, la Cour d'appel de l'Ontario faisait entièrement sien le point de vue énoncé par le juge Kerwin⁷⁰. Toutefois, il faut préciser que ce pouvoir de dépenser des gouvernements, d'où découle le pouvoir d'octroyer des subventions assorties ou non de conditions, n'est pas absolu. À cet égard, il est essentiel de rappeler les réserves suivantes formulées par le Conseil privé en 1937 :

But assuming that the Dominion has collected by means of taxation a fund, it by no means follows that any legislation which disposes of it is necessarily within Dominion competence.

It may still be legislation affecting the classes of subjects in s. 92, and, if so, would be *ultra vires*. In other words, Dominion legislation, even though it deals with Dominion property, may yet be so framed as to invade civil rights within the Province: or encroach upon the classes of subjects which are reserved to provincial competence⁷¹.

Le pouvoir de dépenser des provinces, par opposition au pouvoir de dépenser du Parlement fédéral, découle de l'article 92(2) de la Constitution qui prescrit que les provinces peuvent lever des taxes directes dans les limites de leur territoire, « (...) en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux ». Cette dernière expression, malgré les apparences, ne constitue pas en soi une limite réelle au pouvoir de dépenser des provinces. Au dire du juge en chef Duff, en effet, les mots « pour des objets provinciaux » signifiaient simplement « (...) for the exclusive disposition of the legislature »⁷². De fait, dès 1874, la Cour suprême du Canada, dans un de ses premiers jugements, décrétait qu'une loi du Nouveau-Brunswick qui autorisait une municipalité à lever une taxe aux fins de subventionner la construction d'un chemin de fer entre cette municipalité et une municipalité de l'État du Maine, n'était pas incompatible avec l'article 92(2)⁷³. Et en pra-

67. [1936] R.C.S. 427.

68. *Id.*, p. 457.

69. *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, [1937] A.C. 355.

70. (1975) 71 D.L.R. (3d) 183, p. 200.

71. *Supra*, note 69, p. 366.

72. *Supra*, note 67, p. 434.

73. *Dow v. Black*, (1873-76) *Canadian Reports* [7] A.C. 382.

tique, ainsi que l'a souligné Gérard LaForest, les provinces ont fréquemment utilisé leur pouvoir de dépenser à des fins extraterritoriales, tel par exemple le maintien de délégations à l'étranger. Ce qui faisait conclure à ce dernier, compte tenu de la jurisprudence et de la pratique :

There seems no constitutional impediments, either, to prevent the provinces from encouraging, by grants, schemes falling largely within federal regulatory control in the absence of inconsistent federal legislation. Moreover, subject to overriding federal legislation, the provinces may affect the scope and direction of such schemes by making these grants subject to conditions⁷⁴.

De fait, toutes les provinces canadiennes subventionnent d'une façon ou d'une autre leur industrie et leur agriculture⁷⁵. Au Québec, cette tâche, en ce qui concerne l'industrie, est dévolue essentiellement à la Société de développement industriel qui a mis de l'avant un certain nombre de programmes⁷⁶. Ceux-ci visent à la fois la création de nouvelles entreprises, le développement des entreprises existantes, le soutien de certaines entreprises dans des secteurs particulièrement menacés par les importations et l'amélioration de la performance au plan des exportations⁷⁷. À divers degrés, on retrouve donc des subventions de substitution des importations et des subventions à l'exportation. En Ontario, les subventions au développement industriel et économique sont octroyées par l'Ontario Development Corporation⁷⁸, l'Eastern Ontario Development Corporation et la Northern Ontario Development Corporation. Ces sociétés ont institué divers programmes d'aide qui tiennent compte, entre autres critères, du potentiel des entreprises requérantes pour l'exportation ou le remplacement des importations, de la mesure dans laquelle elles transforment des ressources naturelles provenant de l'Ontario, ainsi que de leur contribution aux activités de recherche et de développement effectuées en Ontario⁷⁹. Or ces divers types de subventions, on s'en doute bien, ont un impact non seulement sur le commerce international, mais également sur le commerce interprovincial.

74. *Supra*, note 38, p. 61.

75. Voir à ce sujet L. SABOURIN-HÉBERT, *supra*, note 66, pp. 410-413. Les subventions, tant au plan provincial qu'au plan national, sont devenues un phénomène à ce point important que diverses publications, régulièrement mises à jour, leurs sont consacrées : voir, par exemple, P.R. LEVIS (dir.), *Canadian Industrial Incentives Legislation*, Toronto, Butterworths, 1975. Voir également, à titre d'exemple d'une loi provinciale instituant une subvention : *The Fishing Ships (Bounties) Act*, R.S.N., 1970, c. 137.

76. *Loi de l'aide au développement industriel*, L.Q. 1971, c. 64, am. par L.Q. 1974, c. 56 et L.Q. 1975, c. 15.

77. Ces divers programmes sont exposés sommairement dans le Rapport annuel de la Société de développement industriel du Québec, avec les statistiques pertinentes.

78. Voir *Development Corporations Act*, 1973, S.O. 1973, c. 84, am. par S.O. 1973, c. 125.

79. Voir la publication *Financial Services* de l'Ontario Development Corporation.

Il arrive même que dans certains cas, elles soient perçues par d'autres provinces comme une menace sérieuse à leur économie locale. C'est ainsi qu'en mars 1974, le ministre de l'agriculture du Québec, en réponse à une question posée à l'Assemblée nationale, dénonçait les subventions accordées par les provinces de l'ouest à leurs producteurs de porcs. Selon lui, de telles mesures déséquilibreraient le marché du porc au Canada et créaient une situation de dumping au Québec⁸⁰.

En droit international économique, le moyen classique pour contre-carrer une subvention à l'exportation octroyée par un autre pays est l'imposition de droits supplémentaires, dits compensateurs, « jusqu'à concurrence du montant estimé de la prime ou de la subvention que l'on sait avoir été accordée... »⁸¹. En droit constitutionnel canadien, il est manifeste que ce moyen de rétorsion échappe aux provinces qui ne peuvent en aucune façon imposer des droits de douane. Il semblerait donc logique que les subventions provinciales qui faussent la concurrence entre les provinces soient également considérées inconstitutionnelles. Mais tel ne paraît pas être le cas, ainsi qu'on l'a déjà vu. Il faut reconnaître, cependant, que l'hypothèse d'une subvention qui engendrerait une véritable distorsion dans le commerce interprovincial n'a jamais été soulevée concrètement devant les tribunaux. Compte tenu des limites au pouvoir de dépenser établies par le Conseil privé en 1937⁸², les tribunaux pourraient-ils considérer qu'une loi ou une réglementation qui lie l'octroi d'une subvention à la performance au plan de l'exportation constitue une réglementation du commerce interprovincial et international? En 1972, devant la Commission du tarif des États-Unis, le Canada avait effectivement soutenu que certaines subventions accordées par la Nouvelle-Écosse à la Société Michelin ne constituaient pas des subventions à l'exportation, ajoutant, pour plus de précision: « Indeed, if the Province of Nova Scotia had concerned itself with export policy, serious questions would have arisen with respect to the propriety of provincial action in what is generally acknowledged to be a national or federal sphere »⁸³. Malgré cette interprétation gouvernementale, cependant, il demeure qu'à moins que l'intention de réglementer le commerce interprovincial et international soit manifeste, les tribunaux canadiens vraisemblablement se prononceraient en faveur de la constitutionnalité. Même aux États-Unis, où la clause sur le commerce a reçu une interprétation beaucoup plus large qu'au Canada, la Cour suprême a décidé

80. *Le Soleil*, 21 mars 1974, p. 3.

81. GATT, article VI (3).

82. *Supra*, note 69.

83. *Statement submitted on behalf of Canada*, pp. 29-30.

récemment qu'un État pouvait, en l'absence de législation fédérale nettement contraire, utiliser les fonds publics dans le but d'inciter l'entreprise privée à agir « (...) in ways which promote the economic interests of residents at the expense of nonresidents (...) »⁸⁴.

Au sein de la Communauté économique européenne, par opposition, la réglementation en vigueur apparaît beaucoup plus contraignante. Au point de départ, l'article 92 du Traité de Rome établit un principe général qui veut que soient incompatibles avec le marché commun les aides affectant les échanges entre les États, accordées sous quelque forme que ce soit, lorsqu'elles faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Sont ensuite déclarés compatibles avec le marché commun certains types particuliers d'aides, telles l'aide sociale à des consommateurs individuels sans distinction liée à l'origine des produits, les aides destinées à remédier aux dommages causés par des calamités et enfin les aides accordées aux régions de l'Allemagne affectées par la division du territoire. Enfin, un troisième paragraphe de l'article 92 dresse une liste de certaines aides qui peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun, telles l'aide au développement régional, l'aide pour la réalisation d'un projet important d'intérêt européen, etc. Aux termes de l'article 93, « la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant » et se prononce sur tout nouveau projet d'aide. En pratique, il appert que malgré certaines difficultés d'application, un véritable contrôle est en voie d'être instauré⁸⁵. Même si celui-ci devait demeurer imparfait, ce serait déjà plus que ce qui existe au Canada.

1.2.3. La participation de l'État au commerce

Dans la mesure où la participation de l'État au commerce fait intervenir des motifs autres que commerciaux, elle est considérée, dans la théorie économique libérale, comme une distorsion, et par conséquent une entrave aux échanges⁸⁶. Au plan des relations économiques internationales,

84. L. D. BARNETT, « The Constitution and State Powers of Export Limitation », (1977) 13 *Tulsa Law Journal*, 229, p. 237. L'auteur fait référence en particulier aux arrêts *American Yearbook Co. v. Askew*, 409 U.S. 904 (1972) et *Holland v. Bleigh Construction Co.*, 335 N.E. 2d 469 (1975).

85. Les décisions pertinentes de la Commission ainsi que de la Cour de justice des communautés sont rapportées dans le *Common Market Reporter*, Commerce Clearing House, Inc., 1977, art. 92.

86. UNITED STATES TARIFF COMMISSION, *Trade Barriers, Report of the Committee on Finance of the United States Senate and its Subcommittee on International Trade*, Part II, « Non-tariff Trade Barriers », Chap. IX, p. 54.

ce point de vue se trouve reflété de façon particulièrement évidente dans l'article XVII du GATT, lequel oblige les entreprises commerciales d'État à ne tenir compte, dans leurs achats ou ventes se traduisant par des importations ou des exportations, que de considérations d'ordre commercial tels que le prix, la qualité, les quantités disponibles, etc. Mais la participation de l'État au commerce peut se manifester autrement que dans le cadre des entreprises d'État. L'État, en tant que propriétaire de ressources, est également un partenaire économique important. Qu'il cède la propriété de celles-ci purement et simplement ou qu'il se contente au contraire d'octroyer des permis d'exploitation, il exerce, par les conditions qu'il pose, une influence directe sur les échanges. Il en va de même de l'État considéré comme consommateur : les conditions de prix agréées et le choix des co-contractants en particulier sont des données susceptibles d'influer de façon non négligeable sur des échanges. Dans les pages qui suivent, la participation de l'État au commerce sera donc envisagée sous ces trois formes distinctes.

1.2.3.1. Les entreprises commerciales d'État

Indeed, there is no reason presently to doubt the power of a Province to establish at least a public monopoly in certain goods or services, or otherwise to exclude competition in intra-provincial dealing⁸⁷.

Cette affirmation du professeur Laskin, avant qu'il ne devienne juge en chef de la Cour suprême du Canada, s'est trouvée confirmée de façon éclatante récemment lorsque la Cour suprême, dans *The Canadian Indemnity Co. et al. v. Le Procureur général de la Colombie-Britannique*, décida que l'instauration d'un monopole provincial en matière d'assurance automobile était une question d'intérêt local concernant la propriété et les droits civils dans la province⁸⁸. Mais de toute évidence, le fait d'instituer un monopole à l'intérieur d'une province ne peut faire autrement que d'affecter le commerce interprovincial. La Cour suprême, d'ailleurs, dans l'arrêt *Canadian Indemnity* précité, devait le reconnaître ouvertement en admettant que « [l']incidence de la législation sur le commerce d'assurance automobile des appelantes ne pouvait être plus radicale »⁸⁹. Cependant, la Cour devait ajouter par la suite :

Toutefois, le fait que la législation ait cet effet sur des compagnies dont les opérations ont une portée interprovinciale n'implique pas que la législation soit relative aux échanges et au commerce interprovinciaux⁹⁰.

87. B. LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 3^e éd. (rev.), 1969, by B. Laskin, p. 251.

88. [1977] 2 R.C.S. 504.

89. *Id.*, p. 512.

90. *Ibid.*

Donc, de la même façon qu'en droit international économique, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* autorise, par exception, toutes lois et tous règlements nécessaires au maintien en vigueur des monopoles d'État, nonobstant les restrictions qui peuvent en découler⁹¹, de la même façon en droit constitutionnel canadien, semble-t-il, les provinces peuvent légiférer de manière à exclure toute compétition sur le marché intérieur, pourvu que l'objet visé ne soit pas le contrôle du commerce interprovincial ou international en tant que tel. En ce sens, le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Canadian Indemnity* semblerait confirmer, d'une certaine façon, le jugement rendu par la Cour d'appel du Québec antérieurement dans *Régie des alcools du Québec c. Pilote*; dans cette affaire, deux juges sur trois avaient exprimé l'opinion que la réglementation du transport de boissons alcooliques dans la province, d'où qu'elles proviennent, devait être considérée, dans le cadre d'un monopole provincial sur les alcools, comme l'exercice d'un pouvoir « ancillaire » à celui de contrôler le commerce local, même si indirectement il en résultait une restriction au droit d'importer⁹².

Toutefois, le récent jugement de la Cour suprême du Canada dans *Reference Re Agricultural Products Marketing Act, etc.* remet sérieusement en cause le statut constitutionnel des entreprises commerciales d'État. En effet, s'inscrivant en faux contre l'opinion du juge en chef Laskin à l'effet que « ... a federal agency may lawfully be authorized to purchase in any market and to dispose of its purchases as an ordinary trader », le juge Pigeon, au nom de la majorité, y affirme le principe suivant, dont la portée éventuelle apparaît énorme :

In my view, federal intrusion into local trade is just as unconstitutional when done by buying and selling, as when done through any other method⁹³.

Le fonctionnement actuel des divers monopoles provinciaux sur les alcools, tel que décrit dans les pages qui suivent, apparaît de ce point de vue sérieusement compromis, tout comme, d'ailleurs, les politiques d'achat préférentiel des provinces. En fait, les implications de ce principe, dont le juge Pigeon n'établit pas vraiment le fondement, apparaissent tellement importantes qu'on peut se demander si celui-ci pourra être retenu à l'avenir.

En pratique, si l'on exclut le secteur des services, les provinces n'ont fondé et ne maintiennent, à l'heure actuelle, qu'un nombre relativement restreint d'entreprises commerciales d'État. L'exemple le plus commun est

91. Article XX (d).

92. C.A., Québec, 27 septembre 1973, dossier A-4913. Une étude critique de cette décision a été faite par N. DUPLÉ, « À propos de l'affaire Pilote : les compétences provinciales en matière de réglementation du commerce », (1974) 15 C. de D., 533.

93. (1978) 84 D.L.R. (3d), 257, p. 323.

celui des monopoles provinciaux sur les alcools. De tels monopoles, mis en place originellement surtout pour contrôler la consommation d'alcool, poursuivent maintenant des fins essentiellement fiscales⁹⁴. Mais les possibilités de discrimination à l'endroit des produits étrangers sont nombreuses, et une telle discrimination est souvent difficile à prouver. Il est facile de créer une discrimination, par exemple dans la sélection des produits destinés à être mis en vente, ou encore dans la fixation du prix de vente des produits en question⁹⁵. Dans ce dernier cas, le fait que des provinces comme le Québec et l'Ontario fixent des taux de majoration qui distinguent entre les produits d'origine locale, les produits canadiens et les produits étrangers peut être considéré à sa face même comme une mesure de réglementation du commerce interprovincial et international, sinon comme l'imposition pure et simple de droits de douane. C'est d'ailleurs là la position qu'avaient adoptée en 1967 le Comité ontarien sur la fiscalité (Comité Smith), et, en 1971, la Commission québécoise d'enquête sur le commerce des boissons alcooliques (Commission Thinel)⁹⁶. Cette dernière déclarait alors à ce sujet :

La réglementation du commerce international par l'imposition de tarifs ou de contingentements relève du gouvernement fédéral en vertu de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Toutefois, plusieurs régies provinciales, dont la Régie des alcools du Québec, introduisent indirectement des mesures protectionnistes en majorant davantage les boissons importées que celles fabriquées au Canada⁹⁷.

Toutefois, il est possible aussi que la fixation d'un prix supérieur pour les produits étrangers trouve sa justification non pas dans une volonté de discrimination, mais tout simplement dans des coûts administratifs plus élevés. Dès lors, il importe, avant de conclure de façon catégorique à l'inconstitutionnalité, de se pencher sur le fonctionnement interne de ces monopoles. Or ceci n'est pas une tâche facile, d'autant plus qu'une preuve distincte, vraisemblablement, devrait être faite dans chaque cas. De toute évidence, les entreprises et monopoles commerciaux d'État, dans leurs agissements, ne prêtent pas flanc aisément à une attaque basée sur des motifs d'inconstitutionnalité.

C'est d'ailleurs là, semble-t-il, la raison pour laquelle la Saskatchewan a décidé, il y a quelques années de procéder à la nationalisation de son

94. *Supra*, notes 40 et 41.

95. *Ibid.*

96. ONTARIO, *Report of the Committee on Taxation*, Toronto, Queen's Printer, 1967, vol. 3, ch. 35, p. 391 ; QUÉBEC, *Rapport de la Commission d'enquête sur le commerce des boissons alcooliques*, Québec, Éditeur officiel, 1971, p. 170.

97. *Ibid.*

industrie de la potasse⁹⁸. La Cour suprême du Canada ayant depuis jugé que les règlements promulgués par la Saskatchewan entre 1969 et 1972 relativement à la conservation de la potasse étaient inconstitutionnels⁹⁹, la décision du gouvernement de cette province prend toute sa signification. Ce que la Saskatchewan ne pouvait faire antérieurement par voie réglementaire, à savoir contrôler la production et la mise en marché de ressources naturelles essentiellement destinées à l'exportation, elle pourra vraisemblablement le faire à l'avenir, par le biais de décisions internes des entreprises nationalisées. Cette possibilité, de fait, se trouve implicitement évoquée dans les propos suivants du juge en chef Laskin dans l'affaire *Central Canada Potash Co. Ltd v. Gouvernement de la Saskatchewan*:

In all the foregoing, the Government of Saskatchewan, and its responsible Ministers and their Deputies, were acting not under proprietary right but in pursuance of legislative and statutory authority directed to the proprietary rights of others, including the appellant¹⁰⁰.

Donc, non seulement est-il difficile d'établir qu'une entreprise d'État agit dans un but nettement étranger aux domaines d'activités alloués par la constitution aux provinces, mais il se pourrait même qu'une telle entreprise, agissant comme un individu, ne soit tout simplement pas liée par la Constitution.

Toutefois, avant de s'interroger de façon plus large sur la position de l'État lorsqu'il agit en tant que propriétaire, il peut être intéressant encore une fois de se pencher brièvement sur le statut des entreprises et monopoles commerciaux d'État dans le cadre de la Communauté économique européenne. La disposition pertinente du Traité de Rome, en ce qui concerne plus spécifiquement les monopoles d'État, est l'article 37 dont le premier paragraphe se lit comme suit:

Les États membres aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon qu'à l'expiration de la période de transition soit assurée, dans les conditions d'approvisionnements et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.

S'agissant de façon plus générale des entreprises d'État, l'article 90, alinéa 1, prescrit que « [l]es États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte[n]t ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles

98. Voir à ce sujet l'intéressante étude de R. MILLEN et V. SAVINO, « Nationalization or Regulation? Constitutional Aspects of the Control of the Saskatchewan Oil Industry », (1974-75) 39 *Sask. L. Rev.* 23.

99. *Central Canada Potash Co. Ltd v. Government of Saskatchewan*, (1978) 23 N.R. 481.

100. *Id.*, p. 509.

du présent traité (...)» Un régime d'exception est cependant prévu dans le cas des « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal », lesquelles sont soumises aux règles du traité, notamment les règles sur la concurrence, mais dans les limites seulement où celles-ci ne font pas échec à l'accomplissement de leur mission particulière.

Dans la poursuite de la tâche qui lui était assignée par l'article 37, la Commission a graduellement élaboré, à travers ses recommandations aux États membres, ce qu'on pourrait pratiquement appeler un code de conduite des monopoles d'État¹⁰¹. C'est ainsi que ces derniers doivent, entre autres choses, s'abstenir de toute discrimination résultant de l'application de taux de majoration plus élevés pour les produits étrangers ou encore de toute autre mesure défavorable dans la mise en marché de ces produits. Même lorsque les monopoles en question ont un caractère fiscal, au sens de l'article 90(2), la Commission a considéré que ce n'était pas aller à l'encontre de leur mission que d'exiger d'eux qu'ils agissent de façon non discriminatoire. En ce sens, elle a fait valoir que là où un monopole avait recouru à des taux de majoration discriminatoires dans le passé, il suffirait à l'avenir, pour éliminer toute discrimination et maintenir les revenus à leur niveau antérieur, d'unifier ces taux au niveau moyen jugé adéquat¹⁰². Comme on peut le constater, on est déjà loin de la situation qui prévaut au Canada.

1.2.3.2. L'État propriétaire

Au-delà des propos du juge en chef Laskin dans *Central Canada Potash v. Le Gouvernement de la Saskatchewan*, cités plus haut¹⁰³, certains arrêts donnent nettement à croire qu'une province peut disposer de sa propriété comme elle l'entend, sans égard au partage des compétences. C'est ainsi qu'en 1900, dans *Smylie v. R.*, la Cour d'appel de l'Ontario jugeait que cette province pouvait légitimement exiger, comme condition d'obtention d'une licence de coupe de bois, que le bois effectivement coupé soit manufacturé dans la province¹⁰⁴. En 1923, dans *Brooks-Bidlake & Whitehall v. A.-G. for British Columbia*, une législation semblable de la Colombie-Britannique, exigeant cette fois comme condition d'obtention

101. Voir de façon générale à ce sujet: E.-J. MESTMÄCKER, « State Trading Monopolies in the European Economic Community », (1966) 20 *Vanderbilt L.R.* 321, p. 332.

102. Recommandation au gouvernement français (monopole sur le tabac), 6 avril 1962, *J.O.* (Com. eur.), 1500/62.

103. *Supra*, note 100.

104. (1900) 27 O.A.R. 172.

d'une licence de coupe de bois le non-emploi de Japonais ou de Chinois, était déclarée valide par le Conseil privé¹⁰⁵. Outre ces décisions, relevées par plusieurs auteurs¹⁰⁶, il faut également rappeler celles ayant trait de façon générale au pouvoir de dépenser, lesquelles vont essentiellement dans le même sens¹⁰⁷.

En pratique, depuis l'arrêt *Smylie* en 1900, les choses n'ont guère changé en ce qui concerne l'octroi, par les provinces, des permis de coupe de bois à des conditions protectionnistes ou discriminatoires. Au Québec, par exemple, aux termes de l'article 2 de la *Loi de l'utilisation des ressources forestières*, il est prévu que :

Nonobstant toute disposition législative inconciliable avec la présente, tous les bois provenant du domaine public, quelque soit la nature de la concession forestière dont dépende le droit de coupe, doivent être entièrement ouverts dans le Québec¹⁰⁸.

En Colombie-Britannique, la loi est encore plus explicite à cet égard. La partie X du *Forest Act*, en effet, porte spécifiquement sur le sujet de la transformation du bois dans la province et comprend pas moins de six articles¹⁰⁹. Le premier de ceux-ci, l'article 92, établit le principe de base dans les termes suivants :

All timber cut on Crown Lands... shall be used in the Province, or be manufactured in the Province into boards, deal, joists, laths, shingles, plywood or other sawn lumber or into chemical woodpulp or paper, except as hereinafter provided; and all logging and manufacturing camps or premises used or occupied for any purpose of or in connection with the cutting or manufacture of such timber shall be located in the Province.

Par la suite, la loi prescrit que tout détenteur d'une licence de coupe de bois qui ne respecte pas les exigences de l'article 92 doit être privé de son droit de coupe ; et le ministre peut prendre alors toutes les mesures jugées nécessaires pour empêcher une telle violation de l'article 92, y compris saisir et mettre en vente le bois déjà coupé. Les trois derniers articles traitent des cas où l'exportation est permise. Là encore, la loi demeure très stricte, ainsi qu'en témoigne l'article 95 :

105. [1923] A.C. 450.

106. G. V. LAFORÊTE, *supra*, note 38, p. 61 ; R. MILLEN et V. SAVINO, *supra*, note 98, p. 29 ; P. KENIFF, « Le contrôle public de l'utilisation du sol et des ressources en droit québécois », (1976) 17 C. de D. 667, p. 712, note 172.

107. *Supra*, notes 67 à 70.

108. S.R.Q. 1964, c. 93, art. 2.

109. R.S.B.C. 1960, c. 153, art. 92 à 97 ; voir également, pour le Manitoba, R.S.M. 1970, c. F-150, art. 40(o).

The Lieutenant-Governor in Council may, on such terms and conditions and upon payment of such charges as may be imposed by him, authorize the export of piles, poles, railway ties, ... and other minor forest products cut on Crown lands...

S'il est vrai que les provinces, lorsqu'elles agissent en tant que propriétaire, peuvent édicter de semblables conditions en ce qui regarde l'utilisation de leurs ressources, alors des perspectives nouvelles s'ouvrent à celles-ci pour le contrôle de leurs richesses naturelles. Il est symptomatique à cet égard que la Colombie-Britannique, après avoir échoué à deux reprises dans ses tentatives de favoriser la transformation sur place de ses ressources par le biais de taxes à l'exportation¹¹⁰, soit revenue à la charge récemment avec un système semblable mais applicable cette fois-ci uniquement aux minerais extraits des terres de la Couronne¹¹¹.

Parallèlement donc à la nationalisation, il appert que les provinces disposent d'un autre moyen non négligeable pour contrôler la circulation de leurs ressources naturelles. Même si certains doutes demeurent quant à la constitutionnalité de telles mesures lorsqu'elles vont jusqu'à prévoir l'octroi de permis d'exportation, il ne serait pas surprenant d'assister, dans la conjoncture constitutionnelle actuelle, à une multiplication de celles-ci. Aux États-Unis, de récentes études ont souligné l'existence d'un problème assez semblable en ce qui concerne les États¹¹². Mais grâce à l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour suprême en matière économique, une solution adéquate à ce problème paraît avoir été trouvée dans une étude individuelle de chaque cas qui tient compte à la fois des intérêts de l'État concerné et du fardeau imposé au commerce interétatique¹¹³. En ce qui concerne par ailleurs la Communauté économique européenne, il ne paraît pas que de telles difficultés se soient soulevées. Si cela devait se produire, il est probable que les articles 30 à 36 du Traité de Rome qui concernent les restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent trouveraient application¹¹⁴.

1.2.3.3. Les achats gouvernementaux

Tout comme les subventions, les achats gouvernementaux sont considérés, dans la théorie économique internationale actuelle, comme un des

110. *Supra*, note 21.

111. *Supra*, note 34.

112. L. D. BARNETT, *supra*, note 84; voir également J. L. VAN BAALEN, «Mineral Export Legislation — Can it Withstand Federal Preemption and Commerce Clause Challenges?», (1977) XII *Land and Water Law Review*, 131.

113. Un bon exemple est l'arrêt récent de la Cour suprême dans *Hughes v. Alexandria Scrap Corporation*, 426 U.S. 794 (1976).

114. *Supra*, pp. 000.

obstacles majeurs à une utilisation plus efficace des ressources productives du monde¹¹⁵. De fait, lorsque ces achats sont effectués sur une base préférentielle, ce qui est souvent le cas, ils équivalent en pratique à une subvention à la production locale. Si on voulait aller plus loin, on pourrait même affirmer qu'ils équivalent en pratique à des droits de douane à l'importation¹¹⁶. L'importance de la subvention, ou si l'on préfère de la protection accordée aux produits locaux, est relativement facile à établir : elle est déterminée par la différence entre les prix inférieurs pratiqués à l'étranger et les prix supérieurs payés pour les produits locaux.

En droit constitutionnel canadien, le problème que représentent les politiques d'achat préférentiel des provinces s'analyse essentiellement de la même façon que le problème des subventions ou encore le problème, évoqué précédemment, des concessions gouvernementales en matière de ressources naturelles. En d'autres termes, le gouvernement d'une province, en tant que personne morale, serait libre de contracter avec qui il veut et comme il le veut. Malheureusement, aucun arrêt, jusqu'à maintenant, n'a abordé en tant que tel le problème de la constitutionnalité des politiques d'achat préférentiel des provinces. Le fait que deux décisions récentes touchant au problème des préférences dans les politiques gouvernementales d'achat n'aient pas remis en cause la constitutionnalité de tels agissements doit-il être considéré comme une indication favorable à cet égard ? Dans un premier cas, la Cour supérieure du Québec a jugé en 1971 que la mention, dans des appels d'offres, que « seuls sont admis à soumissionner les entrepreneurs généraux et les sous-traitants qui ont leur établissement principal dans la province de Québec (...) » ne constituait pas « (...) de la part du ministère des travaux publics l'engagement formel de ne pas contracter avec des sous-entrepreneurs étrangers qui lui auraient fait parvenir des soumissions » ; dans un second cas, la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, division d'appel, a rejeté une action en dommages-intérêts intentée par une entreprise québécoise écartée d'un contrat au Nouveau-Brunswick, prétendument en raison d'une politique occulte de préférence régionale ; la Cour, dans son analyse, s'en tint essentiellement aux aspects contractuels du problème en question¹¹⁷. En réalité, donc, il est assez difficile de tirer une conclusion quelconque de ces deux décisions sur le plan constitutionnel.

115. Voir par exemple R.E. BALDWIN, *Nontariff Distortions of International Trade*, Washington, Brookings, 1970, ch. 3 ; voir également, pour une application aux États-Unis, S.D. METZGER, *Lowering Nontariff Barriers*, Washington, Brookings, 1974, ch. 3, et pour une application au Canada, K. STEGEMANN, *supra*, note 40, ch. 3.

116. G. DENTON et S. O'CLEIREACAIN, *Subsidy Issues in International Commerce*, Londres, Trade Policy Research Centre, 1972, pp. 21-22.

117. *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général et al.*, [1971] C.S. 243, p. 246 ; *Leo Lisi Ltd. v. Province of New-Brunswick*, 11 N.B.R. (2d) 701.

Par contre, si le principe énoncé par le juge Pigeon dans *Reference Re Agricultural Products Marketing Act* devait s'imposer, ainsi qu'on l'a déjà vu, il est probable que les politiques d'achat préférentiel des provinces feraient l'objet d'une sérieuse remise en question sur le plan constitutionnel¹¹⁸.

Même si on admet qu'un gouvernement provincial, en tant que personne morale, peut contracter avec qui il veut et comme il le veut (et donc favoriser par ses achats les producteurs locaux), cela laisse entier le problème des organismes para-publics ou subventionnés qui disposent de leur propre personnalité morale. De la même façon qu'un gouvernement provincial ne pourrait imposer à des particuliers l'obligation de ne pas acheter à l'étranger, on peut se demander si un tel gouvernement pourrait, constitutionnellement, imposer à des organismes distincts de lui-même l'obligation d'acheter de préférence des produits originaires de la province. Un critère important à ce point de vue est évidemment le degré d'autonomie des organismes en question, ou, si l'on préfère, le degré de contrôle exercé sur eux par le gouvernement, en particulier sur les plans administratif et financier. Ce qui pourrait alors être autorisé dans le cas des institutions d'enseignement et des établissements hospitaliers, largement dépendants du gouvernement sur le plan financier, pourrait très bien être défendu dans le cas des collectivités locales, beaucoup plus indépendantes à cet égard. Dans cette dernière hypothèse, il ne resterait plus au gouvernement, pour faire respecter sa politique d'achat, que de lier celle-ci à ses octrois ou subventions, ce qui nous ramènerait directement au problème des subventions.

En pratique, la plupart des provinces disposent, sous une forme ou une autre, d'une politique d'achat préférentiel. Assez souvent, comme dans l'affaire du Nouveau-Brunswick mentionnée plus haut, il est difficile de faire la preuve catégorique de l'existence d'une telle politique, qui relève surtout de pratiques administratives. Parfois aussi, de telles pratiques sont ouvertement reconnues : deux études effectuées, l'une en 1967 par Albert Breton¹¹⁹, et l'autre en 1969 par T.L. Powrie¹²⁰, font état par exemple d'une marge de préférence accordée aux produits locaux en Colombie-Britannique, en Nouvelle-Écosse, au Québec, à Terre-Neuve, en Alberta et en Saskatchewan. L'Ontario est beaucoup moins explicite à cet égard. Mais ainsi qu'il ressort de l'intervention du gouvernement ontarien, en 1977, pour obliger la Commission de transport de Toronto à adjudger un important contrat d'achat d'autobus à un constructeur local, plutôt qu'à un constructeur québécois, qui était le plus bas soumissionnaire, cette dernière

118. *Supra*, note 93.

119. *Supra*, note 14, ch. 2.

120. T.L. POWRIE, *Provincial Economic Policies*, Private Planning Association of Canada, 1969, Appendix « B », pp. 1-11.

province n'est pas plus pure que les autres¹²¹. Parfois enfin, mais plus rarement, il arrive qu'une province reconnaisse directement, dans sa législation ou sa réglementation, l'existence d'une politique préférentielle d'achat. C'est le cas entre autres au Québec où un *Règlement concernant les contrats d'achat du gouvernement* prévoit en particulier une pondération des prix en fonction du contenu québécois des biens à acheter¹²².

Compte tenu de la fréquence du phénomène, il peut apparaître étonnant qu'aucune poursuite n'ait été intentée jusqu'à maintenant dans le but de faire déclarer inconstitutionnelles les politiques d'achat préférentiel des provinces. Une partie de la réponse réside de toute évidence dans le caractère principalement administratif des pratiques en question, lequel ne favorise guère les actions de type judiciaire. Mais, plus fondamentalement, se pourrait-il que de telles pratiques de la part des provinces soient considérées comme parfaitement légitimes? Si tel est le cas, il n'est peut-être pas inutile de rappeler qu'aux États-Unis, de telles pratiques de la part des États ont été jugées inconstitutionnelles au moins à trois reprises¹²³. Dans un de ces cas, la Cour d'appel de la Californie jugea que le *California Buy American Act* empiétait directement sur la compétence exclusive du Congrès en matière de commerce interétatique et international¹²⁴.

Quelle réponse serait fournie à un tel problème dans le cadre du marché commun européen? Le Traité de Rome est silencieux sur les achats gouvernementaux en tant que tels. Toutefois, dès 1962, en application des articles portant sur la libre prestation des services, le Conseil, sur proposition de la Commission, arrêta un programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services, lequel identifiait à une activité répréhensible le fait de restreindre les droits des étrangers « [d]e présenter des offres ou de participer comme cocontractant ou sous-traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public... »¹²⁵. Puis récemment, en 1976, une directive beaucoup plus précise à cet égard était adoptée par le Conseil; elle prenait pour point de départ que les restrictions à la libre circulation des marchandises appliquées dans le domaine des fournitures publiques sont interdites en vertu des articles 30 et suivants du Traité de Rome¹²⁶. En vertu de cette directive, entrée en

121. *Le Soleil*, 23 juillet 1977, p. B-8: « L'Ontario a bien une politique d'achat préférentiel ».

122. A.C. 2592-77, 10 août 77, (1977) G.O.Q. 4663.

123. *Baldwin-Lima-Hamilton Corp. v. Superior Court*, 208, Cal. App. 2nd 803 (1962); *Bethlehem Steel Corp. v. Board of Commissioners*, 276 A.C.A. 266 (1969); *K.S.B. Technical Sales Corp. v. North Jersey District Water Supply Commission of the State of New Jersey*, 151 N.J. Super. 218, 376 A 2d 960.

124. *Bethlehem Steel Corporation*, *supra*, note 123.

125. 18 décembre 1961, *J. O.* (Com. eur.), 32/62.

126. 21 décembre 1976, *J. O.* (Com. eur.), L 13/1 (15.1.1977).

vigueur 18 mois après sa notification, soit en août 1978, les États membres, de même que les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public qui relèvent de ces derniers, se doivent en principe d'éliminer toute discrimination dans la passation des marchés publics de fournitures. Dès lors, par conséquent, qu'un fournisseur d'un pays membre se conforme aux conditions des appels d'offres et que sa soumission est la plus avantageuse quant au prix, aux délais de livraison, à la qualité et au service après-vente, le contrat doit lui être adjugé. Toutefois, la directive comporte certaines exceptions importantes; elle n'est pas applicable, par exemple, dans les domaines de la défense, du transport, de l'énergie et des télécommunications, non plus qu'aux marchés publics de fournitures dont le montant est inférieur à 200 000 unités de compte européennes¹²⁷. Malgré cela, il demeure que la politique communautaire en ce qui concerne les achats gouvernementaux dépasse de beaucoup ce qui a cours présentement au Canada.

2. L'intégration des facteurs de production ou la libre circulation des personnes, des services et des capitaux

Dans son étude sur *Le Fédéralisme canadien et l'intégration économique*, Safarian écrit : « En résumé, l'article 121 de l'A.A.N.B. établit sur le plan constitutionnel une union douanière plutôt qu'un marché commun pour le Canada, plus intégré et qui existe largement *de facto* »¹²⁸. De fait, ni l'article 121, ni aucun autre article de l'A.A.N.B. n'établissent que les personnes, les services et les capitaux doivent circuler librement au Canada. Et s'il est vrai qu'en pratique la libre circulation des facteurs de production se trouve partiellement réalisée, en raison de l'existence d'une nationalité commune et de l'absence de frontières douanières, de nombreuses entraves, semble-t-il, existent encore, et surtout rien ne garantit que de nouvelles ne seront pas instituées. Pour clarifier un tant soit peu la situation, il est donc essentiel de se pencher à la fois sur le droit et la pratique constitutionnelle relativement à cette question, en distinguant, pour faciliter l'examen, entre d'une part la libre circulation des personnes et des services, autrement désignée sous le nom de droit d'établissement, et d'autre part la libre circulation des capitaux.

2.1. Le droit d'établissement

Le droit d'établissement est une notion relativement peu connue au Canada. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, toutefois, ce n'est pas

127. *Id.*, art. 2, 3, 5.

128. *Supra*, note 15, p. 21.

parce que l'établissement est une question depuis longtemps résolue ; bien au contraire, on commence seulement à se rendre compte de l'importance du problème que soulèvent certaines normes et pratiques provinciales en matière d'établissement. À cet égard, la récente controverse entre les gouvernements du Québec et de l'Ontario à propos d'un règlement québécois qui aurait pour effet de priver les travailleurs de la construction de l'Ontario du droit de venir exercer leur métier au Québec a contribué à mettre en lumière pour la première fois peut-être les données fondamentales du problème ¹²⁹. Mais il reste encore beaucoup à découvrir à ce sujet.

Dans la Communauté économique européenne, au contraire, le droit d'établissement et la libre prestation des services sont des notions de base rattachées directement au principe de la libre circulation des personnes et des services. De ce fait, leur application concrète dans la pratique communautaire a pris une importance grandissante avec le temps et les problèmes engendrés ont déjà fait l'objet de très nombreuses études. Les programmes généraux ainsi que les multiples directives émises par le Conseil à ce sujet, de même que la jurisprudence déjà importante de la Cour de justice dans ce domaine, constituent autant de jalons d'un développement qui n'a absolument pas son pareil au Canada ¹³⁰. À première vue, donc, l'impression qui se dégage encore une fois est qu'en matière d'établissement, l'intégration est plus poussée au sein de la Communauté que dans la fédération canadienne.

2.1.1. Le partage constitutionnel des compétences en matière d'établissement

L'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1867 ne contient, comme on l'a vu, aucune disposition sur le droit d'établissement en tant que tel. En l'absence de toute mention expresse, le droit d'établissement a donc été considéré en pratique comme un domaine de compétence formelle rattaché à l'un ou l'autre des domaines de compétence matérielle énumérés dans la constitution. Et malgré une tentative récente de faire reconnaître par les tribunaux la libre circulation des personnes comme un droit accessoire à la citoyenneté canadienne, et par conséquent comme un domaine qui échappe à la compétence des provinces, la situation demeure toujours la même.

Donc, contrairement à ce qui se passe dans la C.E.E., où le droit

129. Cette controverse a été amplement commentée dans les journaux québécois : cf. par exemple *Le Devoir*, 4 juillet 1978, p. 4.

130. Pour une introduction aux principaux textes concernant l'établissement et les services dans la C.E.E., voir : GIDE, LAYRETTE et NOUËL, *Dictionnaire du Marché Commun*, tome III ; voir aussi, *supra*, note 85, sous les art. 48-66.

d'établissement constitue un domaine fonctionnel de compétence, au Canada la libre circulation des personnes et des services s'analyse en termes de compétence sur la main-d'œuvre et les services. En ce qui concerne la main-d'œuvre, le principe fondamental est qu'il s'agit là d'un domaine rattaché pour l'essentiel à la catégorie « propriété et droits civils », qui relève des provinces. Ce principe, mis de l'avant pour la première fois en 1925 par le Conseil privé dans *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, une affaire concernant le règlement des différends industriels dans les entreprises¹³¹, a été réitéré à maintes reprises par la suite dans diverses affaires concernant les conditions de travail en général, l'assurance-chômage, etc.¹³². Par extension, les tribunaux ont également jugé que la réglementation des métiers et des professions relevait de la compétence des provinces¹³³. La principale exception à ce principe concerne l'emploi et les conditions de travail dans les ouvrages et entreprises reliant les provinces entre elles ou les provinces et l'étranger, tels les chemins de fer et le téléphone, ou encore dans les ouvrages déclarés être à l'avantage général du Canada, tels les greniers à blé et les mines d'uranium, qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral¹³⁴.

En ce qui concerne les services, la situation n'est pas tellement différente. Dans une série de décisions concernant en particulier le commerce de l'assurance, les tribunaux ont décidé que la réglementation des affaires en général, y compris les services, relevait en principe des provinces, toujours en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils¹³⁵. La principale exception, ici encore, concerne les entreprises de transport et de communications à caractère interprovincial ou international. Une autre exception, plus limitée, concerne les sociétés constituées par loi fédérale, qui ne peuvent voir leur statut juridique essentiel neutralisé par des lois provinciales. C'est ainsi par exemple que des lois provinciales exigeant que de telles sociétés obtiennent un permis pour pouvoir opérer localement et ester en justice, ou encore pour pouvoir émettre du capital, ont été jugées inconstitutionnelles¹³⁶. Mais pour le reste, ces sociétés demeurent soumises aux lois provinciales générales, et il a été jugé à cet

131. [1925] A.C. 396.

132. Voir par exemple *A.-G. Canada v. A.-G. Ontario*, [1937] A.C. 326; *A.-G. Canada v. A.-G. Ontario*, [1937] A.C. 207.

133. *Re Imrie*, [1972] 3 O.R. 275; *R. v. Buzunis*, [1972] 4 W.W.R. 337; *Re Dickenson and Law Society of Alberta*, (1978) 84 D.L.R. (3d) 189.

134. Voir par exemple: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767; *C.N.R. v. Board of Commissioners of Public Utilities*, [1976] 2 R.C.S. 112.

135. Pour une revue récente de la jurisprudence sur le sujet, voir l'arrêt *Canadian Indemnity*, *supra*, note 88.

136. *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *A.-G. Manitoba v. A.-G. Canada*, [1929] A.C. 260.

égard qu'une législation qui interdisait toute émission de capital autrement que par l'intermédiaire d'un courtier dûment autorisé était parfaitement constitutionnelle¹³⁷. Quant aux sociétés incorporées par lois provinciales, leur capacité d'agir en dehors de la province d'incorporation dépend essentiellement des lois des autres provinces, ainsi qu'en a décidé le Conseil privé dans *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*¹³⁸. Dans un domaine spécifique, qui est celui des banques et des opérations bancaires, le Parlement fédéral a également une compétence exclusive¹³⁹. Enfin, certaines compétences fédérales peuvent autoriser une intervention indirecte en matière de libre prestation des services, tels par exemple la compétence sur le droit criminel et la compétence sur le commerce interprovincial et international. Dans ce dernier cas, toutefois, les tribunaux ont singulièrement limité l'étendue de la compétence fédérale en considérant les services essentiellement sous leur angle contractuel : à partir du moment en effet où un service est localisé dans une province ou dans une autre, suivant le lieu du contrat, il devient difficile d'y faire entrer une perspective interprovinciale ou internationale¹⁴⁰. C'est ainsi que la Cour d'appel du Manitoba, suivant en cela le raisonnement adopté par le Conseil privé et la Cour suprême en matière d'assurance, a jugé en 1966 que la loi sur les valeurs mobilières de cette province n'empiétait pas sur la compétence exclusive du Parlement fédéral en matière de commerce interprovincial lorsqu'elle assujettissait à ses exigences le courtier de l'extérieur faisant affaire avec des résidents de la province¹⁴¹.

L'omission dans la constitution canadienne de tout énoncé de principe concernant la libre circulation des personnes et des services aurait pu être partiellement contournée si les tribunaux avaient accepté l'argument selon lequel « (...) une province ne peut, en le privant des moyens d'y travailler, forcer un Canadien à quitter son territoire ;... elle ne peut le dépouiller de son droit ni de sa capacité d'y séjourner et d'y travailler : cette capacité constitue un élément inhérent à son statut de citoyen et est hors de portée d'une action provinciale visant à l'annuler »¹⁴². Cet argument, développé d'abord par le juge Rand dans *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd*, se fondait sur la décision rendue par le Conseil privé en 1899 dans *Union Colliery v. Bryden*,

137. *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318.

138. [1916] 1 A.C. 566.

139. Art. 91(15) de l'A.A.N.B.

140. Voir P. W. HOGG, « La constitutionnalité du contrôle fédéral des fonds de placements », dans J.C. BAILLIE et W.M.H. GROVER, *Projet d'une loi canadienne sur les fonds de placement*, Ottawa, Information Canada, 1974, Vol. I, p. 84.

141. *Regina v. W. McKenzie Securities Ltd.*, (1966) 56 D.L.R. (2d) 56.

142. *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd*, [1951] R.C.S. 887 à 920.

laquelle avait conclu à l'inconstitutionnalité d'une loi provinciale qui interdisait l'emploi de Chinois, aubains ou naturalisés, dans les exploitations minières souterraines¹⁴³. En 1975, dans *Morgan c. P.g. de l'Île-du-Prince-Édouard*, le même argument était invoqué à nouveau à l'encontre d'une loi provinciale qui prétendait restreindre le droit des non-résidents de la province, citoyens canadiens et étrangers, de prendre, d'acquérir, de détenir ou de recevoir des terres situées dans la province¹⁴⁴. La Cour suprême, par la voix du juge en chef Laskin, déclara alors que la compétence fédérale en matière de citoyenneté ne pouvait pas « être invoquée pour donner aux aubains, aux personnes naturalisées ou aux citoyens de naissance une immunité à l'encontre d'une loi provinciale constitutionnelle en elle-même, simplement parce que celle-ci peut viser une catégorie de personnes plus directement qu'une autre ou toucher tout le monde également avec une rigueur qu'on peut considérer excessive »¹⁴⁵. Ceci revient à dire que les provinces, dans la mesure où elles agissent à l'intérieur de leur compétence, peuvent légalement créer une discrimination à l'endroit des résidents des autres provinces. Il est intéressant de noter que suite à l'arrêt *Morgan*, déjà deux décisions se sont prononcées en faveur de la constitutionnalité de lois provinciales imposant des restrictions aux non-résidents ou aux étrangers. Dans le premier cas, il a été jugé qu'une taxe spéciale imposée aux non-résidents qui achetaient des terres dans la province d'Ontario pouvait s'autoriser des pouvoirs de la province, dans la mesure où elle visait l'acquisition de la propriété et non pas le statut des étrangers¹⁴⁶. Dans le second cas, la Cour suprême de l'Alberta a jugé qu'une loi albertaine qui exigeait la citoyenneté canadienne comme condition d'admission à l'étude du droit ne constituait pas une limitation induite des droits des étrangers¹⁴⁷.

2.1.2. La pratique canadienne en matière d'établissement

La pratique canadienne, en ce qui regarde le droit d'établissement, se caractérise surtout par la relative absence d'intervention législative au niveau fédéral, et par la nature principalement indirecte des obstacles mis en place par les provinces.

L'intérêt fédéral en matière d'établissement s'est principalement manifesté dans le domaine de la sécurité sociale. Depuis le début des années 30, le gouvernement canadien a cherché à introduire graduellement une certaine uniformité dans les services sociaux offerts aux canadiens de manière

143. [1899] A.C. 580.

144. [1976] 2 R.C.S. 349.

145. *Id.*, p. 364.

146. *Re Minister of Revenue of Ontario and Hala*, (1978) 81 D.L.R. (3d) 710.

147. *Re Dickenson*, *supra*, note 133.

à favoriser une plus grande mobilité des travailleurs d'un océan à l'autre. En 1935, d'abord, une loi fédérale était votée qui instituait un système national d'assurance-chômage; mais celle-ci devait être déclarée inconstitutionnelle pour le motif qu'elle empiétait sur les compétences des provinces¹⁴⁸. Ce n'est finalement qu'en 1940, grâce à un amendement à la constitution obtenu avec le consentement unanime des provinces, que le projet initial put enfin être réalisé¹⁴⁹. En 1951, un nouvel amendement à la constitution était adopté dans le but de permettre au Parlement fédéral de légiférer sur les pensions de vieillesse au Canada; mais cette fois, le pouvoir accordé demeurerait concurrent et les provinces conserveraient la priorité en cas de conflit¹⁵⁰. Par la suite, les autorités fédérales devaient opter en faveur d'une stratégie de persuasion fondée sur le pouvoir de dépenser du Parlement fédéral. C'est ainsi que pour éviter de perdre d'importants montants mis à leur disposition, les provinces en vinrent avec le temps à adopter des législations plus ou moins uniformes dans des domaines comme ceux des rentes, de l'assurance-hospitalisation et de l'assurance-maladie¹⁵¹. Indirectement, on peut voir là l'exercice d'un certain pouvoir de directive en matière d'établissement.

Mais au-delà de ce type d'intervention du gouvernement central, et au-delà évidemment de l'intervention législative normale du Parlement fédéral dans certains domaines de sa compétence propre tels les banques, le transport interprovincial ou la naturalisation, il demeure que ce sont surtout les provinces qui, par le biais de leur compétence en matière de propriété et de droits civils, se sont occupées de réglementer le droit d'établissement. Il en est résulté une multitude de textes législatifs dont la variété même pose déjà un problème en ce qui concerne la libre circulation des personnes et des services. Certains efforts dans le sens d'une plus grande harmonisation ont été entrepris pour corriger cette situation; mais dans la mesure où cette coordination s'effectue sur une base purement volontaire, les progrès ne sont pas aussi rapides que certains pourraient le souhaiter¹⁵².

Il arrive aussi que ces textes législatifs ou réglementaires contiennent des dispositions dont le caractère discriminatoire est plus ou moins évident. Tel est le cas visiblement de ce règlement québécois qui exige que le détenteur d'un permis d'exploration minière donne la préférence, au niveau de l'emploi, aux ingénieurs, techniciens et administrateurs formés au Québec, ainsi qu'aux ouvriers québécois¹⁵³. Plus complexe, en revanche, est cet

148. *A.-G. Canada v. A.-G. Ontario*, *supra*, note 69.

149. Art. 91(2A) de l'A.A.N.B.

150. *Id.*, art. 94A.

151. Voir: CANADA, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

152. Voir A.E. SAFARIAN, *supra*, note 15, pp. 87-88.

autre règlement québécois déjà mentionné qui, dans le but d'accorder une certaine protection aux véritables travailleurs du bâtiment, donne la préférence au niveau de l'emploi à ceux qui, domiciliés dans l'une ou l'autre des 13 régions administratives de la province, y ont travaillé plus de 1 000 heures dans l'année précédente¹⁵⁴. L'objet poursuivi dans ce cas-ci, soit la stabilisation de la main-d'œuvre dans le domaine de la construction, apparaît tout à fait légitime; néanmoins, l'effet indirect du règlement est de créer une discrimination à l'endroit des travailleurs non domiciliés au Québec.

Le plus souvent, les interventions des provinces en matière d'établissement ont trait aux conditions d'accès à divers corps de métiers ou professions pour lesquels des permis d'exercer sont exigés. En plus de l'équivalence de formation, qui est normalement requise, la plupart des législations ou réglementations provinciales exigent dans le cas des étrangers certains contrôles supplémentaires dont la nature exacte est souvent laissée à la discrétion des diverses corporations responsables de ces métiers ou professions. C'est ainsi qu'une infirmière qui a complété, à l'extérieur de l'Ontario, un programme d'études approuvé par la corporation ontarienne des infirmières, peut néanmoins se voir imposer l'examen prévu en Ontario¹⁵⁵. La situation est encore plus délicate pour un avocat de l'extérieur de l'Alberta qui souhaite s'établir dans cette dernière province: en plus de l'examen habituel du Barreau de l'Alberta, qui est obligatoire, celui-ci peut se voir imposer tout examen supplémentaire jugé nécessaire¹⁵⁶. Parfois, les règlements en vigueur dans une province prévoient que l'exigence d'un examen supplémentaire peut être levée s'il existe un accord de réciprocité avec la province où le candidat a fait ses études: c'est ce que prévoit par exemple la loi de l'Ontario relative aux pharmaciens¹⁵⁷. À la limite, la réciprocité peut même devenir une exigence en soi, comme c'est le cas en vertu de la *Loi des architectes* au Québec¹⁵⁸. Enfin, il arrive que l'accès des non-résidents à certains métiers ou professions est lié à l'exigence d'une période préalable de résidence dans la province. Tel est le cas des pharmaciens qui souhaitent s'établir en Ontario¹⁵⁹ ou en Alberta¹⁶⁰: ils doivent, avant même que leur demande ne soit considérée, avoir résidé, dans le premier cas, 6 mois dans la province, dans le second cas 3 mois.

153. A.C. 1497, 9 juillet 1966, (1966) G.O.Q. 5002.

154. A.C. 3282, 28 septembre 1977, (1977) G.O.Q. 5581.

155. *Revised Regulations of Ontario*, 1970, Regulation 621, under *The Nurses Act*.

156. *Legal Profession Act*, R.S.A. 1970, c. 203, art. 40-41.

157. R.R.O., 1970, Regulation 659, under *The Pharmacy Act*.

158. *Loi des architectes*, L.Q. 1973, c. 59, art. 11a).

159. *Supra*, note 157, art. 16(1a).

160. *Pharmaceutical Association Act*, R.S.A. 1970, c. 274, art. 36.

De plus, la plupart des lois provinciales relatives aux métiers ou professions lient l'octroi d'un permis permanent d'exercer à l'exigence du domicile ou de la résidence dans la province. La prestation de services par des non-résidents est généralement rendue possible par le biais de permis temporaires qui sont accordés à des conditions plus ou moins restrictives selon le cas. C'est ainsi que les maîtres électriciens ¹⁶¹ et les maîtres mécaniciens en tuyauterie ¹⁶² de l'extérieur qui désirent obtenir un permis temporaire pour pratiquer au Québec doivent, en plus de justifier de leur compétence, acquitter des honoraires annuels équivalents à la cotisation que paient les membres réguliers, avec en outre un honoraire additionnel de \$100 par contrat intervenu ou exécuté au Québec. De la même façon, les non-résidents qui souhaitent exercer l'activité d'encanteur en Ontario doivent s'attendre à payer deux fois le prix du permis exigé des résidents de la province ¹⁶³. Les architectes des autres provinces qui désirent exercer temporairement leur activité en Alberta ou en Colombie-Britannique doivent pour leur part accepter de travailler en collaboration avec un architecte de la province ¹⁶⁴. Pour certains types d'activités, la résidence ou le domicile sont des conditions jugées essentielles à la protection du public, et dans ce cas aucune dérogation n'est prévue. Il en est ainsi en matière de courtage immobilier au Québec, où le règlement d'application va jusqu'à prévoir qu'une personne « qui est déjà habilitée à accomplir des opérations immobilières dans une autre province ou un autre pays, ne peut obtenir un permis de courtier ou de vendeur ou un certificat d'inscription dans la province » ¹⁶⁵.

Il est intéressant de noter enfin l'existence, dans chacune des provinces, de dispositions concernant les activités des corporations extra-provinciales, tel par exemple l'article 3 de la *Loi des compagnies étrangères* du Québec, qui prévoit que « les corporations et compagnies constituées par ou en vertu d'une loi d'une Législature d'une autre province du Canada » ne peuvent offrir leurs services dans la province sans avoir obtenu un permis à cet effet, sauf lorsque les lois de ces provinces autorisent les corporations et compagnies québécoises à y faire affaire sans un tel permis ¹⁶⁶.

Finalement, certaines mesures légales ou pratiques administratives en vigueur dans les provinces ont pour effet d'empêcher les non-résidents de

161. A.C. 1857, 26 juin 1968, (1968) G.O.Q. 2750.

162. A.C. 1086, 28 septembre 1949, art. 67.

163. *Provincial Auctioneers Act*, R.S.O. 1970, c. 368.

164. *Architects Act*, R.S.A. 1970, c. 22, art. 10; *Architectural Profession Act*, R.S.B.C. 1960, c. 16, art. 35.

165. A.C. 2848, (1967) G.O.Q. 6392.

166. *Loi des compagnies étrangères*, S.R.Q. 1964, c. 282, art. 2 et 3; pour les autres provinces, voir J.-G. CASTEL, *Canadian Conflicts of Laws*, Toronto, Butterworths, 1977, p. 313.

passer avec l'État, ou d'autres personnes morales de droit public, « (...) des contrats, et notamment des contrats d'entreprise et de location tels que le louage de service »¹⁶⁷. C'est ainsi qu'aux termes du règlement relatif aux appels d'offres et à l'adjudication des contrats de la Commission hydro-électrique de Québec, les appels d'offres doivent souligner que seuls sont admis à soumissionner ceux qui ont leur principale place d'affaire au Québec¹⁶⁸. Il en est de même de façon générale pour tous les contrats de service passés par le gouvernement du Québec¹⁶⁹. Dans le cas de l'Ontario et des provinces maritimes, des résultats plus ou moins identiques sont atteints par de simples pratiques administratives¹⁷⁰. Un autre exemple quelque peu différent de ce type d'intervention est la loi québécoise sur l'agrément des libraires¹⁷¹. Pour pouvoir vendre aux institutions subventionnées, un libraire doit être agréé. Or, une des conditions essentielles de l'agrément est d'avoir sa principale place d'affaires au Québec. Si le requérant est un individu, il doit être domicilié au Québec; si le requérant est une société, celle-ci doit être constituée par des lois du Québec, le directeur général, le directeur général adjoint et le contrôleur doivent être domiciliés au Québec et enfin 50% du capital doit être détenu par des citoyens canadiens domiciliés au Québec.

Ces divers exemples d'interventions provinciales en matière d'établissement, sans présenter une image exhaustive de la réalité, soulignent assez bien l'existence d'un problème sérieux au Canada malgré le fait d'une nationalité commune. Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, ceci contraste nettement avec la situation qui prévaut présentement dans la Communauté économique européenne où, parti d'un niveau d'intégration beaucoup moins avancé, on en est maintenant à la mise en place de réglementations communautaires concernant les professions médicales et juridiques par exemple¹⁷². En fait, lorsqu'on se penche sur les mesures prises par la Communauté dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, c'est un véritable complexe de normes que l'on découvre. Il

167. Ces termes reproduisent ceux que l'on retrouve en droit communautaire européen: voir *supra*, note 125.

168. A.C. 963, 11 juin 1962, art. 4h).

169. A.C. 3475, 19 octobre 1977, (1977) G.O.Q. 6157, art. 5g).

170. *Supra*, notes 118 et 121.

171. *Loi de l'agrément des libraires*, L.Q. 1965, c. 21 et règlement d'application A.C. 353, 2 février 1972, (1972) G.O.Q. 1953.

172. Voir à ce sujet par exemple: J. SOUBEYROL, « Les médecins dans la C.E.E. » [1976] *Revue trimestrielle de droit européen* 601; P.J.W. de BRAUW, « La libéralisation de la profession d'avocat en Europe après la directive du Conseil du 22 mars 1977 », (1978) XIV *Cahiers de droit européen*, 33; D.B. WALTERS, « Uncertain Steps Towards a European Legal Profession », (1978) 3 *European Law Review* 265.

y a d'abord les dix-huit articles du Traité de Rome qui fondent à proprement parler l'action communautaire. Ceux-ci établissent essentiellement des principes, tel celui de l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, et prévoient des procédures en vue de faciliter la réalisation des objectifs fixés. Puis il y a des programmes généraux qui viennent préciser de façon générale les types d'interventions législatives, réglementaires ou administratives considérées incompatibles avec la libre circulation des personnes et la libre prestation des services¹⁷³. Au-delà des directives générales, il existe de nombreuses directives qui visent soit des activités déterminées (prestation de services dans les secteurs agricoles et horticoles, en matière cinématographique, etc.), soit des types d'exploitation (libération du commerce du gros et des activités intermédiaires par exemple), soit encore des types d'obstacles à la libre circulation des personnes et des services (abolition du visa, etc.). Enfin, pour appuyer cette activité normative, il y a la Cour de justice qui, depuis 1974, a rendu bon nombre de jugements dont l'importance ne saurait être sous-estimée. Cette année-là, dans l'affaire *Reyners*, la Cour décrétait que tous les ressortissants de la Communauté qui désiraient s'établir dans un autre pays que le leur bénéficiaient, aux termes du Traité, de l'égalité complète de traitement avec les nationaux¹⁷⁴. Depuis lors, la brèche ouverte n'a fait que s'élargir. Toujours en 1974, par exemple, dans l'affaire *Van Binsbergen*, la Cour décidait qu'un ressortissant de la Communauté ne pouvait être empêché de fournir un service dans un autre État de la C.E.E. pour le seul motif qu'il n'y réside point¹⁷⁵. Et plus près de nous, en 1977, dans l'affaire *Richerd Hugh Patrick*, la Cour a jugé que l'exigence d'une autorisation individuelle et spéciale, au-delà d'un diplôme reconnu équivalent par l'autorité compétente, constituait une restriction caractérisée au droit de s'établir et d'exercer son activité sur le territoire de l'État d'accueil¹⁷⁶. Ces quelques décisions, parmi plusieurs autres, soulignent concrètement la disparité qui peut exister entre la situation au Canada et la situation dans la Communauté.

2.2 La libre circulation des capitaux

Si le droit d'établissement a pu apparaître jusqu'ici comme un sujet relativement inexploré en droit constitutionnel canadien, la libre circulation des capitaux y semble pour sa part totalement laissée pour compte. À vrai dire, ce n'est que récemment qu'on a commencé à se poser sérieusement

173. *Supra*, note 125.

174. Arrêt 2/74, *Recueil* 1974, p. 631.

175. Arrêt 33/74, *Recueil* 1974, p. 1299.

176. Arrêt 11/76, *Recueil* 1977, p. 1199.

des questions à cet égard ¹⁷⁷. Auparavant, la libre circulation des capitaux, au-delà des contrôles gouvernementaux habituels sur les institutions financières, était pour ainsi dire prise pour acquise. Il y avait bien une certaine surveillance des investissements directs étrangers, mais ceci ne concernait pas en tant que telle la libre circulation des capitaux à l'intérieur du Canada ¹⁷⁸. Pourtant, rien ne garantit à l'heure actuelle que les provinces ne pourraient pas, en vertu de la Constitution, exercer un certain contrôle sur la circulation des capitaux, et rien ne garantit surtout qu'elles ne le font pas déjà en pratique.

2.2.1. La libre circulation des capitaux au regard de la Constitution

En l'absence d'une disposition énonçant de façon claire le principe de la libre circulation des capitaux, c'est encore une fois aux articles 91 et 92 de la Constitution qu'il faut s'en remettre pour déterminer dans quelle mesure les provinces peuvent instituer des restrictions au mouvement des capitaux. À première vue, plusieurs paragraphes de ces deux articles apparaissent susceptibles d'application. En ce qui concerne l'article 91, il faut mentionner principalement les paragraphes 2 (la réglementation des échanges et du commerce), 14 (le cours monétaire et le monnayage), 15 (les banques, la constitution en corporation des banques et l'émission du papier monnaie) et 16 (les caisses d'épargne). S'agissant de l'article 92, la disposition la plus susceptible d'application est évidemment le paragraphe 13 qui porte sur la propriété et les droits civils dans la province. D'autres dispositions peuvent à l'occasion donner ouverture à des réglementations qui restreignent indirectement le mouvement des capitaux, telles par exemple le paragraphe 21 de l'article 91 (la faillite et l'insolvabilité); mais de telles interventions demeurent trop isolées pour qu'on s'y arrête.

De la nomenclature qui précède, il ressort immédiatement qu'un premier type de mesures restrictives échappe totalement à la compétence des provinces. Aux termes du paragraphe 14 de l'article 91, en effet, seul le Parlement fédéral peut intervenir en matière de change; et aux termes du paragraphe 15 du même article, seul le Parlement fédéral peut légiférer en ce qui regarde l'émission de papier monnaie. Ces deux dispositions, prises conjointement, servent de fondement à l'union monétaire canadienne et

177. L'année 1978 a été particulièrement marquante de ce point de vue, avec les affaires de la Sun Life et du Crédit foncier au Québec et le cas récent de la compagnie Mac Millan Bloedel en Colombie Britannique: voir *Le Devoir*, 10 janvier 1979, p. 4, « La saine jalousie des provinces ».

178. *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.C. 1973-1974, c. 46, article 2e).

excluent toute possibilité pour les provinces de restreindre le mouvement des capitaux par le biais d'un contrôle des changes. Or, au plan international, c'est traditionnellement à travers leur réglementation des changes que les États ont introduit des restrictions à la libre circulation des capitaux. Il n'est donc pas surprenant que jusqu'à maintenant, la libre circulation des capitaux ait été considérée comme un fait acquis au Canada.

Toutefois, il est également possible d'exercer un certain contrôle sur les mouvements de capitaux par le biais des institutions financières impliquées dans ceux-ci. Malheureusement, la situation à cet égard est beaucoup moins claire qu'en ce qui regarde le contrôle des changes. En vertu des paragraphes 15 et 16 de l'article 91, le Parlement fédéral bénéficie d'une compétence exclusive pour ce qui est des banques et des caisses d'épargne. Ces deux titres de compétence, cependant, n'ont pas empêché les provinces de constituer et de soumettre à leur contrôle divers types d'institutions financières, telles les sociétés de fiducie, les caisses populaires ou encore les « credit unions », lesquelles sont généralement qualifiées de para-bancaires parce que leur activité à maints égards se rapproche de celle des banques. De façon générale, les tribunaux semblent avoir considéré qu'en l'absence d'une réglementation fédérale appropriée, les provinces pouvaient réglementer de telles institutions au titre de leur compétence sur la propriété et les droits civils¹⁷⁹. Mais ce type de raisonnement, fondé sur la théorie du double aspect, n'aide guère à préciser les limites essentielles du pouvoir fédéral sur les banques. Tout ce que l'on sait à ce sujet, pour le moment, est que les provinces ne peuvent légiférer sur les opérations bancaires en tant que telles¹⁸⁰, et qu'elles ne peuvent, par le biais d'une taxe ou tout autre moyen à leur disposition, restreindre le statut ou les pouvoirs essentiels des banques¹⁸¹. Si cependant le Parlement fédéral devait décider de soumettre à sa compétence les institutions para-bancaires, comme il en a été fréquemment question ces dernières années, une définition beaucoup plus rigoureuse de ce qui relève de sa compétence exclusive sur les banques deviendrait nécessaire¹⁸².

Dès lors que l'on sort du domaine des banques et des opérations bancaires pour se pencher sur la situation des entreprises qui œuvrent plus spécifiquement dans les secteurs de l'assurance et des valeurs mobilières, le partage des compétences paraît favoriser les provinces. En matière d'assurance, les nombreux efforts entrepris par les autorités fédérales pour con-

179. Voir sur ce sujet P.N. McDONALD, « The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism », (1972) 10 *Alta. L. Rev.*, 155.

180. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

181. *A.-G. Alberta v. A.-G. Canada*, [1939] A.C. 117.

182. CANADA, *Livre blanc sur la révision de la législation bancaire du Canada*, Ottawa 1976.

trôler ce commerce, comme on l'a déjà mentionné, n'ont jamais trouvé grâce auprès des tribunaux¹⁸³; ceux-ci ont toujours conclu qu'il s'agissait là d'une matière concernant « la propriété et les droits civils dans la province ». Malgré cela, les autorités fédérales, sous prétexte de légiférer en matière de commerce international ainsi que sur les aubains, exercent toujours un certain contrôle sur les entreprises d'assurance étrangères¹⁸⁴. Si la constitutionnalité de celles-ci, cependant, devait être attaquée un jour devant les tribunaux, il est probable que les provinces l'emporteraient.

Tout comme le domaine de l'assurance, celui des valeurs mobilières a été considéré par les tribunaux comme relevant de la compétence exclusive des provinces sur la propriété et les droits civils. L'énoncé de principe à cet égard se retrouve dans l'arrêt *Lymburn v. Mayland* où lord Atkin déclarait, en 1932 :

The provisions of this part of the Act may appear to be far-reaching; but if they fall, as their Lordships conceive them to fall, within the scope of legislation dealing with property and civil rights the legislature of the Province, sovereign in this respect, has the sole power and responsibility of determining what degree of protection it will afford to the public¹⁸⁵.

Toutefois, cette position, réitérée à plusieurs reprises par la suite¹⁸⁶, a été partiellement remise en cause par divers projets fédéraux visant à régler, soit certains aspects du commerce des valeurs mobilières¹⁸⁷, soit certains types particuliers d'institutions, tels les fonds de placements¹⁸⁸. Parmi les titres de compétence mis de l'avant pour justifier une telle intervention du Parlement fédéral, ceux qui reviennent le plus fréquemment ont trait au préambule de l'article 91, (« paix, ordre et bon gouvernement »), au paragraphe 2 de l'article 91 (échanges et commerce) et au paragraphe 27 de l'article 91 (le droit criminel). À titre de moyens subsidiaires, il est également fait mention du pouvoir fédéral sur les postes (article 91(5)) et du pouvoir fédéral d'incorporation. Mais s'il est acquis, sur ce dernier point, que les provinces ne peuvent aller jusqu'à contrôler l'émission de capital par des compagnies à charte fédérale, il faut souligner que l'arrêt *A.-G. for Manitoba v. A.-G. for Canada*, sous-jacent à cette conclusion, peut également être interprété comme une indication que les provinces ont le pouvoir de contrôler la vente d'actions par des compagnies strictement provin-

183. *Supra*, note 135.

184. Voir de façon générale sur cette question, P. W. HOGG, *supra*, note 38, p. 301-302.

185. *Supra*, note 137, p. 326.

186. *Regina v. Prentice*, [1959] O.R. 365; *Gregory and Co. v. Imperial Bank of Canada*, [1960] C.S. 204; *Regina v. W. McKenzie Securities Ltd.*, *supra*, note 141.

187. P.W. HOGG, *supra*, note 38, p. 313.

188. Voir J.C. BAILLIE et W.M.H. GROVER, *supra*, note 140, p. 347.

ciales¹⁸⁹. Dans le contexte présent, ceci n'est pas sans intérêt, ainsi qu'on le verra plus loin¹⁹⁰.

Plusieurs des arguments favorables à un pouvoir fédéral en matière de valeurs mobilières ont déjà été invoqués en rapport avec le commerce de l'assurance et ont été assez mal accueillis jusqu'à maintenant. Tel est le cas des arguments fondés sur le préambule de l'article 91, sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel ainsi que sur le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. D'autres arguments, tels ceux relatifs au pouvoir fédéral sur les postes ou encore au pouvoir fédéral d'incorporation, n'ont qu'une signification limitée en ce qui concerne les mouvements de capitaux en général. En réalité, le véritable problème qui se pose en ce qui concerne les valeurs mobilières est de savoir si le commerce de celles-ci peut être envisagé autrement que comme un tout contrôlable par un seul niveau de gouvernement. Or, à ce point de vue, il n'est pas interdit d'envisager une réglementation fédérale qui viserait strictement le commerce interprovincial et international des valeurs mobilières. Il suffit de rappeler ici le *dictum* de lord Haldane, en 1916, dans *A.-G. of Canada v. A.-G. of Alberta*, à l'effet que le Parlement fédéral pourrait, « ... by properly framed regulation... » réglementer le commerce interprovincial et international des assurances¹⁹¹. Si tel devait être le cas, le contrôle du mouvement des capitaux deviendrait alors, dans une large mesure, l'apanage unique du Parlement fédéral. Mais pour le moment, comme on l'a vu, la situation est toute différente.

Au-delà du contrôle des changes, qui échappe totalement à la compétence des provinces, et au-delà du contrôle des institutions financières, qui relève en partie du Parlement fédéral et en partie des législatures provinciales, il existe un troisième type de contrôle sur les mouvements de capitaux qui paraît assez largement ouvert à des interventions provinciales : il s'agit du contrôle des investissements extérieurs dans la province. Depuis l'arrêt *Morgan*, en effet, il est acquis que les provinces peuvent, pour des motifs qui relèvent de leur compétence propre, restreindre le droit de propriété des non-résidents sur leur territoire¹⁹². Pour autant que les lois d'une province « ... ne visent pas en fait les aubains ou les personnes naturalisées de façon à restreindre leur capacité générale... »¹⁹³, il semble donc que les provinces pourraient également limiter le droit des non-résidents canadiens d'investir à leur guise dans les divers secteurs de l'économie provinciale. En

189. *Supra*, note 136.

190. *Infra*, pp. 000.

191. [1916] 1 A.C. 588, p. 597.

192. *Supra*, note 144.

193. *Id.*, p. 364.

ce sens, une certaine « balkanisation » du pays, comme l'ont souligné quelques auteurs, n'apparaît pas impossible¹⁹⁴. Mais il reste à savoir si les provinces ont vraiment utilisé les divers pouvoirs que leur reconnaît la Constitution de façon à restreindre le mouvement des capitaux.

2.2.2. La libre circulation des capitaux en pratique

En 1969, le rapport d'un comité institué au Québec pour étudier la situation des institutions financières (Rapport Parizeau) établissait en principe qu'il fallait éviter le plus possible au Canada de mettre des entraves à la libre circulation des capitaux¹⁹⁵. Le même rapport allait même jusqu'à affirmer par la suite :

Dans une province canadienne, le même principe a une portée plus grande encore. Les difficultés de balance des paiements et les problèmes de change ne se posant pas, même les conditions que l'on fixe habituellement aux placements des compagnies d'assurances n'ont pas leur raison d'être¹⁹⁶.

En 1978, s'il demeure vrai que les problèmes de change ne se posent pas pour les provinces, il faut admettre en revanche que celles-ci exercent effectivement un certain contrôle sur les placements des compagnies d'assurances et surtout qu'elles s'intéressent de plus en plus aux placements étrangers sur leur territoire.

L'article 269 de la *Loi sur les assurances* du Québec prescrit que :

Tout assureur doit garder à toute époque au Canada et sous son propre contrôle un actif d'une valeur au moins égale à la valeur réelle de ses engagements envers ses assurés au Canada ; cet actif, jusqu'à concurrence d'au moins les deux tiers de la valeur réelle de ces engagements, doit être investi au Canada.

Tout assureur doit investir au Québec une partie de son actif dans la proportion déterminée par les règlements¹⁹⁷.

Aucun règlement n'a encore été adopté en vertu de cet article pour déterminer la proportion d'actif qui doit être investi au Québec ; en pratique donc, seul le premier paragraphe de celui-ci trouve application. De ce point de vue, la situation au Québec est assez semblable à celle qui prévaut en Ontario où l'article 387(2) de la loi correspondante (*Insurance Act*) prescrit que « [e]very insurer shall at all times retain in Canada and under its own control assets of a value at least equal to its total liabilities to its policy

194. Voir E.J. ARNETT, « Which Investors are "Foreign"? », (1977) 55 *Rev. Bar. Can.* 231, p. 244 ; D.P. JONES, (1976) 54 *Rev. Bar. Can.* 381, p. 391.

195. *Rapport du Comité d'étude sur les institutions financières*, Québec, Éditeur officiel, 1969, p. 217.

196. *Ibid.*

197. L.Q. 1974, c. 70.

holders in Canada »¹⁹⁸. Mais si le gouvernement québécois devait envisager de se montrer plus sévère, ainsi qu'il a menacé de le faire, au début de 1978, en rapport avec le déménagement du siège social de la Sun Life, toute hésitation à ce sujet pourrait facilement être levée en prenant connaissance de ce qui se passe dans les autres provinces. En Colombie-Britannique, par exemple, l'article 108 de l'*Insurance Act* décrète que :

Every provincial company shall at all times retain in the Province and under the control of the company assets (...) at least equal in value to the reinsurance value of its outstanding contracts, the claims against it and its other liabilities in the Province...¹⁹⁹.

Une disposition sensiblement au même effet se retrouve à l'article 38 de la loi correspondante du Manitoba, intitulée *An Act Respecting Insurance and Insurers*²⁰⁰. De toute évidence, la libre circulation des capitaux, au moins en ce qui concerne le domaine de l'assurance, n'est pas une chose totalement acquise au Canada.

Dans le domaine de l'assurance, toutefois, il est possible de faire valoir que les restrictions imposées correspondent à un souci de protection à l'endroit du consommateur. Le même argument peut beaucoup plus difficilement être invoqué en revanche lorsque les provinces édictent des lois ou réglementations qui cherchent à restreindre ou contrôler l'emprise étrangère sur leur territoire. Or de telles initiatives tendent manifestement à se multiplier depuis quelques années; et de plus en plus, elles visent non seulement les non-Canadiens, mais également les non-résidents de la province. Ces contrôles ou ces restrictions ont surtout fait leur apparition dans le domaine des institutions financières et des sociétés en général, de la protection des terres et enfin, pour ce qui est plus spécifiquement du Québec, de la culture.

Dans le cas des institutions financières et des sociétés commerciales en général, plusieurs provinces ont édicté des dispositions législatives et réglementaires concernant la composition des conseils d'administration et le transfert des actions à des non-résidents. S'agissant des compagnies de fidéicommiss, par exemple, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique exigent qu'une majorité des administrateurs de ces compagnies soient résidents de la province²⁰¹. En Alberta, une exigence semblable se retrouve dans le *Companies Act*²⁰² et dans l'*Alberta Insurance*

198. R.S.O. 1970, c. 224.

199. R.S.B.C. 1960, c. 197.

200. R.S.M. 1970, c. 1-40.

201. R.S.B.C. 1960, c. 389, art. 23(5); R.S.N.S. 1967, c. 316, art. 17; R.S.S. 1965, c. 32.

202. R.S.A. 1970, c. 60, am. par S.A. 1975, c. 48 et S.A. 1975(2), c. 46, articles 26(1) et 76.

*Act*²⁰³. Les provinces de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan, dans le cas des compagnies en général, se contentent d'exiger une majorité de citoyens canadiens comme administrateurs, dont au moins un résident de la province²⁰⁴. En vertu de l'article 113 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, par ailleurs, il est interdit de vendre, par transfert d'actions ou autrement, une entreprise provinciale d'assurance sans la permission écrite du ministre responsable²⁰⁵. L'article 45 de la *Loi sur les assurances* du Québec, de la même façon, établit des restrictions quant au transfert d'actions des compagnies d'assurances-vie à charte provinciale à des non-résidents canadiens²⁰⁶. Au Manitoba, la vente de toute entreprise d'assurance incorporée dans la province est également sujette à l'approbation du Lieutenant-gouverneur en conseil²⁰⁷. Ces diverses mesures, sans soulever encore de sérieux obstacles à la libre circulation des capitaux à l'intérieur du Canada, dénotent tout de même une certaine méfiance à l'égard de ce qui est extérieur à la province. Tout récemment encore, l'Assemblée nationale du Québec adoptait une loi ayant pour but de soumettre à l'autorisation du ministre responsable l'acquisition d'actions de certaines sociétés de prêts hypothécaires²⁰⁸.

Face à des problèmes qui touchent de près à la qualité de la vie des résidents, comme par exemple l'aliénation du territoire provincial ou encore la mainmise du capital étranger sur les activités liées à la culture, certaines provinces ont réagi par ailleurs en édictant des normes qui tendent à décourager l'investissement étranger dans ces secteurs. L'exemple le mieux connu est évidemment celui de l'Île-du-Prince-Édouard qui, en 1972, introduisait une mesure législative destinée à prévenir le contrôle d'une large partie de son territoire par des intérêts extérieurs, canadiens ou étrangers²⁰⁹. On retrouve cependant des législations sensiblement de même nature dans d'autres provinces telles la Saskatchewan²¹⁰, ou encore la Nouvelle-Écosse²¹¹, où la non-résidence, tout comme dans l'Île-du-Prince-Édouard, est définie essentiellement par rapport au territoire provincial. L'Ontario exerce aussi un contrôle semblable, mais sa réglementation, sauf

203. R.S.A. 1970, c. 187, art. 138(1).

204. *Companies Act*, S.B.C. 1973, c. 18, art. 131; *Business Corporations Act*, S.S. 1977, c. 10, art. 100 et 109.

205. R.S.B.C. 1960, c. 197, art. 113.

206. *Supra*, note 197, art. 45.

207. *An Act Respecting Insurance and Insurers*, R.S.M. 1970, c. 1-40.

208. *Loi concernant l'acquisition d'actions de certaines sociétés de prêts hypothécaires*, P.L. n° 124 de 1978, sanctionné le 22 décembre 1978.

209. R.S.P.E.I. 1974, c. R-4.

210. *Saskatchewan Farm Ownership Act*, S.S. 1973-74, c. 98, art. 2(i).

211. *Land Holdings Disclosure Act*, S.N.S. 1969, c. 13, art. 1.

en ce qui concerne les lieux de villégiature situés sur les terres de la Couronne, ne s'applique qu'aux non-résidents du Canada²¹². S'agissant des activités liées à la culture, seules les provinces d'Ontario et de Québec sont intervenues jusqu'à maintenant. Dans le cas de l'Ontario, la législation en cause, intitulée *An Act to Provide for the Registration of Business engaged in the Distribution of Paperback and Periodical Publications*²¹³, rend obligatoire l'enregistrement de toute entreprise qui distribue en Ontario des livres de poche ou encore des périodiques; mais la condition de résidence exigée pour obtenir cet enregistrement est définie par rapport à l'ensemble du territoire canadien²¹⁴. Le Québec, en revanche, est plus strict. On a déjà vu, en effet, que l'agrément des libraires au Québec était lié à des conditions assez strictes de résidence dans la province. Dans la même veine, la *Loi concernant la garantie de certains prêts aux éditeurs et libraires et modifiant la Loi de l'aide au développement industriel du Québec* n'est applicable qu'aux individus, sociétés ou corporations domiciliées au Québec ou contrôlées majoritairement par des personnes domiciliées au Québec²¹⁵. Dans le secteur du cinéma, un objectif assez semblable se retrouve, ainsi qu'en témoigne l'article 3 de la *Loi sur le cinéma* qui parle de « (...) l'implantation et le développement d'entreprises québécoises indépendantes et financièrement autonomes dans le domaine du cinéma »²¹⁶. Pour l'avenir, il faut souligner, toujours en rapport avec le Québec, l'existence de deux livres blancs qui, à partir d'une perspective assez différente, en arrivent à des conclusions rapprochées en ce qui concerne la nécessité de prévenir une mainmise étrangère totale sur les industries de la culture. Il s'agit d'un rapport de 1973 sur *Le cadre et les moyens d'une politique québécoise concernant les investissements étrangers*²¹⁷, et d'un livre blanc de 1978 intitulé *La politique québécoise du développement culturel*²¹⁸.

Dans l'ensemble, cependant, si on compare la situation qui prévaut au Canada avec celle qui prévaut dans la Communauté économique européenne, il faut reconnaître que la libre circulation des capitaux est plus largement réalisée au Canada. Dans le cadre de la C.E.E., en effet, il appert que les règles relatives à la libre circulation des capitaux (articles 67 à 73) ont été appliquées essentiellement aux restrictions relevant du régime

212. *Public Lands Act*, R.S.O. 1970, c. 380, et O.R. 514/75.

213. S.O. 1971, c. 82.

214. *Id.*, art. 1 et 8.

215. L.Q. 1975, c. 15.

216. L.Q. 1975, c. 14, art. 3.

217. QUÉBEC, *Rapport du Comité inter-ministériel sur les investissements étrangers*, Québec, 1973.

218. Québec, Éditeur officiel, 1978.

des changes²¹⁹. Pour autant que l'article 67 prévoit l'élimination des « (...) discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties (...) », la seule mesure d'application concrète adoptée jusqu'à maintenant est l'article 4 de la directive de 1960 qui prévoit que le Comité monétaire procède à un examen annuel des obstacles encore existants et qui peuvent tenir aux règles et aux pratiques en vigueur en matière d'établissements de banque ou de financement, de bourses nationales, d'émissions de titres, etc.²²⁰. De façon générale, enfin, il faut souligner qu'aux termes de l'article 73, les États membres ont le droit de prendre des mesures de sauvegarde dès lorsque leur marché des capitaux se trouve perturbé.

Conclusion

En 1867, lorsque fut adopté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, la théorie de l'intégration économique en général, et la relation étroite qui peut exister entre la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux en particulier, n'avaient pas encore fait l'objet d'études poussées comme c'est le cas maintenant. Il n'est donc pas surprenant de constater que nonobstant la volonté manifeste des Pères de la Confédération de faire du Canada une véritable union économique, ainsi qu'il ressort de la nomenclature des pouvoirs attribués au Parlement fédéral, seule l'union douanière apparaît fermement assurée en 1978, encore que les provinces, de par le partage essentiellement matériel des compétences, conservent la faculté d'instituer des entraves indirectes et secondaires à la libre circulation des biens.

En ce qui concerne la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, c'est-à-dire l'intégration des facteurs de production, l'absence d'une norme constitutionnelle posant le principe même de la libre circulation a laissé placé à des interventions éparses, souvent désordonnées et parfois même nettement protectionnistes de la part des provinces. Celles-ci, en effet, toujours en vertu du partage matériel des compétences consacré par l'A.A.N.B. de 1867, ont conservé toute latitude pour réglementer et contrôler le mouvement des personnes, des services et des capitaux, pour autant évidemment qu'elles agissent à l'intérieur de leur compétence. Le seul secteur, à cet égard, où elles apparaissent destinées à jouer un rôle secondaire est celui des capitaux, en raison de la compétence exclusive du Parlement fédéral en ce qui regarde la monnaie et les banques.

219. Directive du 11 mai 1960, *J. O.* (Com. eur.), 1960, p. 921, modifiée par la directive du 18 décembre 1962, *J. O.* (Com. eur.), 1963, p. 62.

220. Voir P. REUTER, *Organisations européennes*, Paris, P.U.F., 1965, p. 296.

Finalement, une répartition des compétences de type fonctionnel, comme il en existe dans la C.E.E., apparaît plus favorable à une véritable intégration qu'une répartition stricte par catégorie de sujets, comme on la rencontre au Canada. Mais une répartition de type fonctionnel, du fait même de sa malléabilité, exige un certain consensus sur le bien fondé des interventions centrales. Dans la C.E.E., ceci est assuré, au-delà des textes mêmes, par une pratique qui est presque devenue une règle en ce qui concerne la prise de décisions au sein du Conseil. Au Canada, le pouvoir central s'est davantage prévalu du caractère exclusif de ses compétences pour intervenir sans l'accord des provinces et souvent sans même les consulter. Il en est résulté une certaine méfiance et un retranchement des deux ordres de gouvernements dans leur domaine de compétence respectif. Dans de telles conditions, la recherche d'une plus grande intégration devient un problème fort complexe. Car ce qui se trouve mis en cause, en définitive, c'est l'élément peut-être le plus caractéristique d'une véritable union économique, à savoir l'existence de politiques communes. Mais ceci est un autre problème sur lequel il nous est malheureusement impossible de nous arrêter ici.